- - МАЙ 2008

Юридическія Записки

издаваемыя
Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1914 г. Вып. IV (XXII).

1865

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго,
Л. С. Таля и В. Н. Ширяева.

Ярославль.
1914.

Юридическія Записки

издаваемыя
Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1914 г. Вып. IV (XXII).

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго,
Л. С. Таля и В. Н. Ширяева.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1914.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея В. Щеглов ъ.

Типографія Губернскаго Правленія.

Оглавленіе.

Н. И. Щукинъ. Законодательная сессія по русскому праву (окончаніе) 497

В. Н. Ширяевъ. Къ исторіи понятій взяточничества, лихоимства и вымогательства (окончаніе) . . 552

П. А. Покровскій. О государственной власти (окончаніе) . 575

Т. М. Яблочковъ. Формальные признаки понятія судебнаго признанія въ гражданскомъ процессѣ 604

С. П. Покровскій. Теорія правительственныхъ актовъ съ точки зрѣнія ихъ обжалованія передъ Государственнымъ Совѣтомъ во Франціи 638

Изъ иностранныхъ журналовъ.

Ф. Клейнвехтеръ. Проектъ реформы юридическаго образованія въ Австріи. *М. Л.* 657

Критика и библіографія.

М. И. Митилино. Право застройки. Кіевъ, 1914. *А. Г. Гойхбарга.* (окончаніе) 672

Al. Martini. La notion du contrat de travail. Paris, 1912 и R. Théry. La reglamentation jurisprudentielle du contrat de travail en droit français. Paris, 1913. *М. Агаркова.* 678

Списокъ книгъ, поступившихъ въ редакцію . . . 693

Законодательная сессія по русскому праву.

Н. И. Щукина.

(Окончаніе).

II.

§ 7. Манифестъ 17 октября 1905 г., провозгласившій «незыблемое правило, чтобы никакой законъ не могъ воспріять силу безъ одобренія Гос. Думы», знаменовалъ собою переходъ нашего права къ новымъ, дотолѣ неизвѣстнымъ ему началамъ, характеризующимъ строй конституціонныхъ ограниченныхъ монархій. Вмѣстѣ съ тѣмъ было признано необходимымъ распространеніе законодательнаго характера и на Гос. Совѣтъ съ преобразованіемъ его на началахъ виднаго участія въ немъ выборныхъ отъ населенія [1]). Въ результатѣ получились двѣ—нижняя и верхняя—*законодательныя палаты.*

Естественнымъ послѣдствіемъ надѣленія Гос. Думы и Гос. Совѣта законодательнымъ характеромъ было признаніе непригодности ихъ старыхъ учрежденій, разсчитанныхъ на законосовѣщательный ихъ характеръ. Требовалась новая регламентація условій ихъ дѣятельности, основанная на началахъ конституціоннаго права. Въ частности, коренное измѣненіе должно было произойти и въ разрѣшеніи вопроса о времени занятій законодательныхъ палатъ. Теперь, съ установленіемъ принципа необходимости для изданія закона согласія палатъ, наличность или отсутствіе ихъ занятій перестаетъ быть безразличнымъ, какъ это было при законосовѣщательныхъ учрежденіяхъ, а пріобрѣтаетъ большое политическое и юридическое значеніе.

При законосовѣщательныхъ учрежденіяхъ, полная возможность законодательствованія помимо и даже вопреки постановленіямъ послѣднихъ, независимо отъ на-

[1]) Манифестъ 20 февраля 1906 г.

личности или отсутствія ихъ занятій, устраняла всякое основаніе для возникновенія въ нашемъ правѣ, такъ называемаго, чрезвычайно-указнаго права. Теперь же согласіе палатъ по всякому вопросу, касающемуся ихъ компетенціи, является conditio sine qua non для его разрѣшенія. Благодаря этому даже въ отсутствіи палатъ при необходимости изданія законодательной мѣры, вызываемой чрезвычайными обстоятельствами, и, слѣдовательно, при фактической невозможности получить на это ихъ согласіе, должно быть спеціальное къ тому уполномочіе закономъ. Такова логика возникновенія будущей 87 ст. Осн. Зак, которая полностью излагается въ Манифестѣ 20 февраля 1906 г. [1]). Такимъ образомъ возникаетъ основаніе для коренного различія между временемъ занятій палатъ и временемъ, когда эти занятія отсутствуютъ, такъ какъ въ томъ и въ другомъ случаѣ примѣняется два совершенно различныхъ порядка законодательствованія. Въ зависимости отъ этого радикально мѣняется характеръ начальнаго и конечнаго моментовъ ежегодной дѣятельности палатъ: изъ безразличныхъ величинъ для Думы 6 авг. и стараго Гос. Совѣта они превращаются въ формальные моменты первостепенной государственной важности.

Вмѣстѣ съ этимъ возникаютъ и всѣ тѣ вопросы о соотношеніи высшихъ государственныхъ органовъ, которые обычно связываются съ опредѣленіемъ времени занятій законодательныхъ палатъ. Теперь, когда самое возникновеніе ихъ знаменуетъ собою ограниченіе монархической власти, было бы совершенно невѣроятнымъ ожидать, чтобы они сохранили принадлежавшій ихъ предшественникамъ характеръ постоянныхъ учрежденій. За измѣненіе этого характера говорило все: и стремленіе оградить монархическую власть отъ излишнихъ стѣсненій, и примѣръ современныхъ конституціонныхъ законодательствъ, не знающихъ въ принципѣ посто-

---

[1]) О причинахъ зависимости дѣйствія чрезвычайно-указнаго права отъ наличности занятій одной только Гос. Думы, см. *В. М. Гессенъ*, На рубежѣ, Спб. 1906, стр. 239, *Н. И. Лазаревскій*, Лекціи, т. I, 1910, стр. 179, 344—345, *бар. Б. Э. Нольде*, Очерки, стр. 37, *Я. М. Магазинеръ*, названное сочиненіе, стр. 76 сл.

янныхъ представительныхъ учрежденій. Этимъ и объясняется то, что въ манифестѣ 20 февраля о Думѣ и Совѣтѣ говорится: «предстоящую совмѣстную сихъ высшихъ государственныхъ учрежденій дѣятельность Мы устанавливаемъ на слѣдующихъ главныхъ основаніяхъ: Государственный Совѣтъ и Государственная Дума ежегодно созываются и распускаются Указами Нашими». Несомнѣнно, что правиломъ этимъ создается періодическій характеръ законодательныхъ палатъ, выражающійся въ томъ, что не только ихъ дѣятельность, но и самая ихъ жизнь періодична и что, слѣдовательно, бываютъ періоды, когда онѣ совсѣмъ умираютъ. Объ этомъ свидѣтельствуетъ не совсѣмъ правильное, но въ данномъ случаѣ ярко выражающее мысль законодателя выраженіе: «ежегодно распускаются» [1]). Значитъ, каждый годъ въ жизни палатъ наступаетъ моментъ, когда онѣ перестаютъ быть таковыми. Въ полномъ соотвѣтствіи съ этимъ и для новаго возникновенія ихъ жизни требуется особый актъ ежегоднаго *созыва*. Внѣ актовъ созыва и роспуска нѣтъ палатъ, какъ нѣтъ ихъ дѣятельности или, какъ выражается законъ, занятій. Поэтому и въ отношеніи послѣднихъ, съ роспускомъ палатъ, уже нельзя говорить какъ о простой лишь остановкѣ—«перерывѣ»—на опредѣленное время, и потому тотъ же манифестъ, излагая будущую ст. 87, говоритъ о «прекращеніи занятій». Ежегодные *роспускъ* палатъ и *прекращеніе* ихъ занятій естественно приводятъ къ тому, что между ежегодными занятіями двухъ лѣтъ проводится не только временная, но и юридическая граница, благодаря которой послѣдующія ежегодныя занятія являются уже не продолженіемъ ежегодныхъ занятій предшествующаго года, а началомъ новыхъ и юридически самостоятельныхъ. Это совершенно ясно сказывается на судьбѣ законопроектовъ, предначертанныхъ по по-

---

1) «Само собою понятно, что говоря о «роспускѣ» Совѣта и Думы, манифестъ употребляетъ этотъ терминъ не въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ употребляется учрежденіемъ Гос. Думы: онъ имѣетъ въ виду не «роспускъ» Совѣта Думы (dissolution des assemblées parlamentaires), а закрытіе ежегодной ихъ сессіи (clôture de la session). Повидимому терминологія конституціоннаго права еще недостаточно усвоена «Манифестомъ 17 октября (20 февраля?)». *В. М. Гессенъ*, На рубежѣ, Спб. 1906, стр. 237.

чину палатъ и не удостоившихся Высочайшаго утвержденія, такъ какъ они не могутъ быть внесены на законодательное разсмотрѣніе *въ теченіе той же сессіи*. Такіе же законопроекты, но отклоненные одною изъ палатъ, могутъ быть внесены на законодательное разсмотрѣніе *въ теченіе той же сессіи* только при наличности особаго о томъ Высочайшаго повелѣнія [1]). Отграниченные, такимъ образомъ, другъ отъ друга ежегодные періоды занятій законодательныхъ палатъ теперь совершенно ясно называются сессіей. Наконецъ, устанавливается такъ называемая, депутатская *неприкосновенность*, дѣйствіе которой связывается съ понятіемъ сессіи [2]).

Все выше сказанное даетъ полное основаніе утверждать, что въ отношеніи Гос. Думы и Гос. Совѣта, какъ учрежденій законодательныхъ, усваивается дотолѣ неизвѣстное нашему праву понятіе сессіи, позаимствованное изъ конституціоннаго права Запада. Вмѣстѣ съ тѣмъ сказывается и сознаніе непригодности того понятія сессіи, которое возможно было въ отношеніи стараго Гос. Совѣта и Думы 6 августа. Поэтому казалось бы, что въ новомъ законодательствѣ не остается уже мѣста для разсмотрѣнной выше ст. 4 учр. 6 авг., такъ тѣсно связанной съ самымъ существомъ Думы 6 авг., какъ посто: чаго законосовѣщательнаго учрежденія. На дѣлѣ, однако, случилось иное: ст. 4 была полностью сохранена въ учрежденіи Думы 20 февраля 1906 г., благодаря чему она вошла и въ новое учрежденіе Гос. Совѣта въ видѣ ст. 30. Основные Законы, изданные 23 апрѣля 1906 г., ничего не прибавили по вопросу о сессіи, а ограничились лишь точнымъ воспроизведеніемъ ст. 4 Учр. Думы въ ст. 99, а новое правило о ежегодномъ созывѣ и роспускѣ палатъ было внесено въ ст. 98 въ урѣзанномъ видѣ, т. е. безъ указаній на ежегодный роспускъ палатъ.

Простого сопоставленія очерченныхъ выше различныхъ плоскостей, въ которыхъ вращалась мысль законодателя,

---

[1]) Ст. 53 учр. Гос. Думы, ст. 51 учр. Гос. Сов. и ст. 112 Осн. Зак.

[2]) Ст. 16 учр. Гос. Думы. Такая же неприкосновенность распространяется и на членовъ Гос. Совѣта по выборамъ—ст. 27 учр. Гос. Сов.

при установленіи ст. 4 Учр. Думы 6 авг. и при заимствованіи основныхъ чертъ конституціоннаго понятія о сессіи для *законодательныхъ* палатъ, будетъ совершенно достаточно, чтобы понять, что въ новомъ законодательствѣ произошло совмѣщеніе не совмѣстимаго [1]). Этимъ объясняется и то, что при ближайшемъ разсмотрѣніи дѣйствующаго права о законодательной сессіи обнаруживаются въ немъ элементы не только различные по своему происхожденію и значенію, но и прямо другъ друга исключающіе. Такъ, съ одной стороны, несомнѣнно, что дѣйствующее право имѣетъ въ виду понятіе сессіи созываемой и закрываемой Монархомъ въ формѣ особыхъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ Высочайшихъ указовъ. Практически это должно было повести къ тому, что въ отношеніи каждой сессіи должны были издаваться два различныхъ указа—одинъ о созывѣ палатъ на сессію, а другой о роспускѣ ихъ по окончаніи сессіи, т. е о *закрытіи* ея и никакихъ другихъ указовъ, опредѣляющихъ междусессіонный промежутокъ времени, не требовалось, такъ какъ онъ eo ipso опредѣлялся бы моментомъ закрытія одной сессіи и началомъ другой. Такой порядокъ вполнѣ соотвѣтствовалъ и тому новому представленію о юридическомъ значеніи сессіи, благодаря которому вниманіе законодателя сосредоточивается на опредѣленіи именно времени занятій Думы, а не времени ихъ отсутствія. Раньше для стараго Гос. Совѣта и Думы 6 авг. перерывъ на лѣтніе мѣсяцы могъ имѣть значеніе только отдыха личнаго состава этихъ учрежденій; теперь же роспускъ палатъ имѣетъ и другое несравненно большее значеніе, какъ напримѣръ, расширеніе полномочій правительства въ видѣ возможности примѣненія ст. 87 Осн. Зак. Поэтому при разрѣшеніи вопроса о времени занятій палатъ было совершенно естественно не говорить объ опредѣленіи

---

1) Такой результатъ очень ярко и совершенно правильно подчеркиваетъ *г. Горемберг*, объясняя его тѣмъ, что статуты законодательныхъ учрежденій не были выработаны вновь, какъ того требовалъ новый принципъ государственнаго устройства, положенный въ ихъ основаніе, а явились результатомъ лишь «измѣненія» и «пересмотра» старыхъ учрежденій, построенныхъ на совершенно иныхъ началахъ. Наз. соч., Право, 1911 г., стр. 2288 сл.

времени, когда этихъ занятій нѣтъ. Кромѣ того, указъ о ежегодномъ роспускѣ палатъ долженъ былъ установить лишь время этого роспуска и только; время же созыва ихъ на новую сессію могло быть опредѣлено позже въ спеціальномъ указѣ о созывѣ, что дало бы возможность сообразоваться съ обстоятельствами времени. Но, съ другой стороны, сохранился старый порядокъ, по которому опредѣляются *«сроки перерыва»* занятій палатъ. Помимо указаннаго несоотвѣтствія такого порядка значенію законодательной сессіи, практически онъ приводитъ къ аннулированію новаго порядка о ежегодномъ созывѣ и роспускѣ палатъ; такъ какъ для опредѣленія *сроковъ перерыва* достаточно одного указа, назначающаго начальный и конечный сроки перерыва. Благодаря этому уже нѣтъ никакой надобности въ спеціальныхъ указахъ о роспускѣ и новомъ созывѣ палатъ. Для созыва палатъ совершенно не остается мѣста потому, что разъ занятія прерываются только до извѣстнаго срока, то, значитъ, этотъ срокъ является въ то же время и срокомъ ихъ возобновленія, т. е. срокомъ начала новой сессіи и, потому, въ спеціальномъ созывѣ палатъ на сессію нѣтъ никакой надобности. Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло съ ежегоднымъ «роспускомъ» палатъ, такъ какъ объявленіе перерыва занятій теперь необходимо имѣетъ значеніе закрытія сессіи, какъ это было бы и при «роспускѣ» палатъ. Но и здѣсь разрѣшеніе вопроса нельзя признать удовлетворительнымъ. Во первыхъ, вмѣсто «роспуска» палатъ, какъ закрытія сессіи, влекущаго за собой полное *«прекращеніе* занятій» сохраняется старый терминъ «перерывъ» ни въ какомъ случаѣ не подходящій для обозначенія *закрытія* сессіи, а болѣе пригодный для обозначенія простой *пріостановки* ея. Во вторыхъ, и опредѣленіе *«сроковъ* перерыва» приводитъ къ сближенію такой формы закрытія сессіи съ *пріостановкой* сессіи, объявляемой обычно на извѣстный срокъ и не требующей послѣ себя спеціальнаго созыва.

Получается, такимъ образомъ, дилемма: или палаты ежегодно созываются и распускаются, или опредѣляются «сроки перерыва занятій въ теченіе года»; сов-

мѣщеніе этихъ двухъ порядковъ не возможно. Поэтому возникаетъ вопросъ: какой изъ этихъ порядковъ долженъ быть признанъ дѣйствующимъ правомъ?

Казалось бы, что все говоритъ за необходимость принять первый выходъ: и ясно выраженное намѣреніе законодателя воспринять новыя формы, исключающія старыя, и наибольшее соотвѣтствіе ихъ современнымъ представленіямъ объ отношеніи Монарха и законодательныхъ палатъ. Тѣмъ не менѣе, юридически обязательнымъ является второй выходъ. Дѣло въ томъ, что принципъ *созыва* и закрытія законодательной сессіи, какъ ясно онъ ни сознается и ни высказывается въ манифестѣ 20 февраля, однако, въ учрежденіи Думы отъ того же числа онъ не былъ внесенъ ни въ одну изъ его статей. Если же принять во вниманіе, что наряду съ этимъ въ томъ же учрежденіи полностью была сохранена ст. 4, то придется такъ или иначе признать, что съ точки зрѣнія самого законодателя практически примѣняться должна была именно эта статья, а правило предпосланнаго учрежденію Думы 20 февраля манифеста о ежегодности созыва и роспуска палатъ получало значеніе истолкованія смысла ст. 4. Намѣреніе законодателя, чтобы практически примѣнялся порядокъ ст. 4 сказывается и въ томъ, что статья эта полностью вошла и въ Основные Законы въ видѣ ст. 99. Правда, какъ уже и было замѣчено, правило манифеста 20 февраля также вошло въ Основные Законы, хотя и въ урѣзанномъ видѣ. Но это послѣднее обстоятельство въ свою очередь подчеркиваетъ лишь то, что въ глазахъ законодателя бо̀льшее значеніе имѣлъ порядокъ ст. 4, а не указанное правило манифеста [1]). Въ послѣдствіи такъ и случилось, что практическое примѣненіе полу-

[1]) Въ проектѣ Основныхъ Государственныхъ Законовъ, измѣненномъ по замѣчаніямъ Совѣта Министровъ, глава «о Гос. Совѣтѣ и Гос. Думѣ и образѣ ихъ дѣйствій» начиналась ст. 50, гласившей: «Гос. Совѣтъ и Гос. Дума ежегодно созываются и распускаются указами Императорскаго Величества». Будущей же ст. 99 Осн. Зак. не было и слѣда. Въ дѣйствующихъ же Основныхъ Законахъ приведенная ст. 50 проекта была внесена не полностью, а въ видѣ ст. 98, гласящей: «Государственный Совѣтъ и Государственная Дума ежегодно созываются указами Государя Императора», а вслѣдъ за ней помѣщена настоящая ст. 99. Проектъ напечатанъ въ Правѣ 1906, № 15.

чилъ порядокъ, предусмотрѣнный въ ст. 4 Учр. Гос. Думы, ст. 30 Учр. Гос. Сов. и ст. 99 Осн. Зак. Поэтому и значеніе ст. 98 нужно истолковывать не въ смыслѣ установленія ею начала *созыва* палатъ, провозглашеннаго манифестомъ 20 февраля, а какъ обезпеченіе того, что дѣятельность законодательныхъ палатъ будетъ имѣть мѣсто *ежегодно*. При такомъ пониманіи ст. 98 будетъ понятно и внесеніе ея въ Основные Законы и значеніе ея въ системѣ послѣднихъ.

Такимъ образомъ, можно считать установленнымъ, что для новаго понятія сессіи, несмотря на коренное его различіе отъ понятія сессіи стараго Гос. Совѣта и Думы 6 авг., формы опредѣленія ея начала и конца остались старыя, выработанныя отечественнымъ дореформеннымъ правомъ для постоянныхъ законосовѣщательныхъ учрежденій. Благодаря сліянію въ одно цѣлое столь различныхъ по происхожденію и по своему значенію элементовъ въ результатѣ необходимо должно получиться нѣчто своеобразное, отличное и отъ обычнаго понятія сессіи конституціоннаго права, и отъ понятія сессіи русскаго дореформеннаго права и въ то же время содержащее въ себѣ элементы и того и другого.

§ 8. Итакъ, какой же смыслъ и значеніе имѣетъ ст. 99 Осн. Зак. въ отношеніи понятія сессіи по дѣйствующему праву? Содержаніе ея сводится къ тому, что продолжительность ежегодныхъ занятій палатъ опредѣляется Высочайшими указами въ формѣ установленія сроковъ перерыва, полагающаго конецъ однихъ занятій и начало другихъ, такъ какъ чѣмъ больше перерывъ въ занятіяхъ, тѣмъ меньше продолжительность самыхъ занятій и наоборотъ, чѣмъ меньше перерывъ, тѣмъ больше продолжительность занятій. «Сроки перерыва» суть въ то же время сроки окончанія однихъ ежегодныхъ занятій и начала другихъ. Таковъ ближайшій смыслъ ст. 99, взятой самой по себѣ. Но для полнаго ея уразумѣнія необходимо разсмотрѣть ее въ связи съ другими частями дѣйствующаго права, касающимися вопроса о сессіи.

Ежегодныя занятія палатъ, которыя въ другихъ мѣстахъ законъ называетъ сессіей, знаютъ только одинъ

перерывъ, отдѣляющій одну сессію отъ другой. Въ виду того, что начальный срокъ перерыва является окончаніемъ текущей сессіи, онъ можетъ быть названъ *закрытіемъ* сессіи въ техническомъ значеніи этого слова [1]), такъ какъ съ нимъ наступаетъ прекращеніе всѣхъ юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ понятіемъ сессіи по нашему праву. Сравнительно съ институтомъ закрытія сессіи другихъ конституціонныхъ государствъ онъ имѣетъ ту, отмѣченную выше, особенность, что объявляется въ видѣ перерыва на опредѣленное время съ указаніемъ сроковъ начала и конца перерыва, благодаря чему, по окончаніи его, занятія палатъ возобновляются сами собой, безъ спеціальнаго созыва. Въ этомъ отношеніи закрытіе сессіи по нашему праву напоминаетъ собою временную пріостановку сессіи (Vertagung, ajournement) другихъ государствъ, чему соотвѣтствуетъ и самое названіе его «перерывомъ». Особенность эта явилась, однако, не въ результатѣ заимствованія изъ иностраннаго права, а какъ слѣдствіе сохраненія въ дѣйствующемъ правѣ порядка опредѣленія времени занятій постоянныхъ законосовѣщательныхъ учрежденій. Въ силу этого получился едва ли желательный для самихъ авторовъ дѣйствующаго права результатъ, заключающій въ себѣ лишнее ограниченіе власти Монарха.

По этому старому порядку, въ виду постояннаго характера Думы 6 авг., срокъ возобновленія слѣдующихъ ежегодныхъ ея занятій опредѣлялся одновременно съ назначеніемъ перерыва предшествующихъ занятій. Законосовѣщательный характеръ Думы 6 авг. исключалъ возможность видѣть въ этомъ какое-либо ограниченіе власти Монарха, такъ какъ даже самая наличность занятій ея этой власти не ограничивала. Совершенно иная картина получилась съ сохраненіемъ того же самаго порядка для Думы и Совѣта, какъ учрежденій законодательныхъ. Дѣло въ томъ, что опредѣленіе срока, когда Дума и Совѣтъ вновь ежегодно призываются къ дѣйствію, опредѣляется не вполнѣ по усмотрѣнію Монарха, сообразующагося только съ обстоятель-

1) Schliessung, clôture.

ствами времени, какъ это было бы по формулѣ: «Государственный Совѣтъ и Государственная Дума ежегодно созываются и распускаются указами Нашими» — формулѣ иностраннаго происхожденія. По ст. 99 Осн. Зак. срокъ этотъ долженъ быть опредѣленъ одновременно съ назначеніемъ перерыва предшествующей сессіи, т. е. за много ранѣе до момента самаго начала новой сессіи. О томъ, что такой порядокъ является лишнимъ ограниченіемъ усмотрѣнія Монарха въ отношеніи опредѣленія начала ежегодной сессіи палатъ, двухъ мнѣній быть не можетъ. Особенно любопытно то, что ограниченіе это создано не конституціонными позаимствованіями извнѣ, а старательнымъ сохраненіемъ своего стараго — самобытнаго.

Такъ опредѣляются начало и конецъ сессіи, дающія въ результатѣ ежегодную ея продолжительность.

Въ виду того, что опредѣленіе начала, конца и продолжительности ежегодныхъ занятій палатъ ст. 99 предоставляетъ усмотрѣнію Монарха, многіе истолкователи дѣйствующаго права полагаютъ, что усмотрѣніе это ограничивается лишь правиломъ ежегодности занятій палатъ и что никакихъ другихъ условій, касающихся времени начала, конца и продолжительности ихъ законъ не устанавливаетъ. Наиболѣе ярко эта точка зрѣнія высказывается г.г. Лазаревскимъ и бар. Нольде. Первый говоритъ: «Никакого срока созыва не установлено, но говорится, что Дума и Совѣтъ созываются «ежегодно», причемъ подъ «годомъ» тутъ повидимому надо разумѣть календарный годъ, съ 1 января по 1 января. При такомъ счетѣ времени можно, не нарушая буквы закона, не созывать Думы въ теченіе многихъ мѣсяцевъ: закрывъ сессію съ января одного года, не открывать до декабря слѣдующаго, т. е. въ теченіи 23 мѣсяцевъ» [1]) [2]). Второй говоритъ: «Въ Россіи продолжи-

---

[1]) Лекціи, т. I, 1910, стр. 347.

[2]) Мнѣніе это почти буквально повторяетъ *Chasles:* Nous connaissons la composition et l'organisation des deux Chambres, mais quand fonctionnent elles? La rèponse est facile: quand il plaît à l'Empereur. La seule règle qui limite sa liberté est le principe de la convocation annuelle. Le Parlement doit siéger tous les ans, ne serait—ce que quelques jours. Ils suffirait, pour prendre une hypothèse extrême, qu'il tînt séance au mois de janvier 1910 par exemple, puis au mois de décembre 1911. Il y aurait ainsi vingt—

тельность сессіи всецѣло зависитъ отъ воли Монарха. На немъ лежитъ единственная обязанность — обязанность ежегоднаго созыва Думы; но будутъ ли... сессіи продолжаться одинъ, три, шесть мѣсяцевъ, всецѣло зависитъ отъ Верховной власти. Волею Монарха Думѣ указывается, что является ея «сессіей» [1]) [2]).

Изложенная точка зрѣнія была бы совершенно правильна, если бы дѣйствующее законодательство не содержало въ себѣ никакихъ другихъ указаній о времени занятій палатъ и ежегодной ихъ продолжительности, кромѣ ст. 99 Осн. Зак. На самомъ же дѣлѣ такія указанія имѣются и на основаніи ихъ можно установить что въ самомъ законѣ несомнѣнно разумѣется, какъ извѣстный minimum продолжительности ежегодной сессіи, такъ и срокъ, позже котораго она не можетъ быть открыта и срокъ, раньше котораго она не можетъ быть закрыта.

Замѣчательно, что сами названные выше авторы отмѣчаютъ тотъ путь, по которому нужно итти для правильнаго разрѣшенія даннаго вопроса. Такъ у бар. Нольде читаемъ: «Наше законодательство, кромѣ обязанности ежегоднаго созыва, заключаетъ въ себѣ, если не въ прямой формѣ, то во всякомъ случаѣ въ формѣ совершенно опредѣленной, указаніе на то время въ году, которое необходимо должно покрываться обычной сессіей законодательныхъ учрежденій. Это указаніе находится въ ст. 1 и 11 правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи. Смѣты вносятся въ Совѣтъ и Думу отъ 1 сентября до 1 октября; разсмотрѣніе Думой росписи должно быть закончено къ 1 декабря» [3]). С. А. Котляревскій косвенную санкцію продолжительности думскихъ занятій видитъ въ ст. 119 Осн. Зак. и въ указѣ 8 марта 1906 г., предпосланномъ бюджет-

---

trois mois sans Parlement, mais le texte de la loi ne serait pas violé, car les Chambres législatives auraient fonctionné en 1910 et en 1911». Le parlement russe, Paris, 1909, p.p. 143—144.

[1]) Очерки, стр. 38—39.

[2]) Такой же взглядъ высказываетъ *С. А. Котляревскій*: «русскіе Основные Законы не устанавливаютъ какого-либо минимальнаго срока для ежегодной сессіи законодательныхъ учрежденій». Юридическія предпосылки русскихъ Основныхъ Законовъ, Москва 1912, стр. 116.

[3]) Назв. соч., Право, 1911, стр. 1722—1723.

нымъ правиламъ, гдѣ указывается срокъ внесенія въ палаты росписи [1]). У Н. И. Лазаревскаго въ 3-мъ изданіи его курса находимъ значительное измѣненіе приведеннаго выше его мнѣнія. Здѣсь онъ говоритъ, что не только духъ, но и буква закона не допускаютъ возможности не созывать Думы въ теченіе многихъ мѣсяцевъ, т. к. 1) къ разсмотрѣнію бюджета Дума должна приступить въ промежуткѣ между 1 октября и 31 декабря и 2) контингентъ новобранцевъ долженъ быть установленъ къ 1 мая, причемъ проектъ о немъ долженъ быть внесенъ въ Думу «заблаговременно»—ст. 119 Осн. Зак., иначе онъ не можетъ быть установленъ и въ порядкѣ верховнаго управленія. Поэтому онъ думаетъ, что «ежегодныя занятія Думы должны начаться заблаговременно до 31 декабря и заблаговременно до 1 мая» [2]).

Если обратиться къ толкованію ст. 99 въ связи съ другими частями нашего законодательства, такъ или иначе касающимися вопроса о началѣ концѣ и продолжительности ежегодныхъ занятій палатъ, то получится слѣдующая картина:

Согласно ст 1 правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи «проектъ государственной росписи доходовъ и расходовъ вносится одновременно въ Государственный Совѣтъ и въ Государственную Думу 1 октября предшествующаго смѣтному года, а финансовыя смѣты министерствъ и главныхъ управленій — въ слѣдующіе сроки... къ 25 сентября... къ 15 сентября... къ 1 сентября предшествующаго смѣтному года». Ст. 3 тѣхъ же правилъ постановляетъ: «Предварительное ознакомленіе съ финансовыми смѣтами министерствъ и главныхъ управленій, а равно съ проектомъ государственной росписи доходовъ и расходовъ, Государственному Совѣту и Государственной Думѣ предоставляется возлагать на образуемыя ими изъ своей среды комиссіи, которыя могутъ приступать къ своимъ занятіямъ, по полученіи финансовыхъ смѣтъ и до открытія сессіи».

---

[1]) Назв. соч., стр. 116, прим. 1.

[2]) Русское Государственное Право, т. I, 1913, стр. 532—533.

По 11 же ст. «Разсмотрѣніе Государственною Думою государственной росписи должно быть окончено къ 1 декабря предшествующаго смѣтному года». Окончаніе разсмотрѣнія Думою росписи къ 1 декабря необходимо предполагаетъ начало думской сессіи ранѣе этого срока. Дѣятельность комиссій, на которыя палаты могутъ возлагать предварительное ознакомленіе съ росписью доходовъ и расходовъ и отдѣльными финансовыми смѣтами можетъ быть начата «по полученіи финансовыхъ смѣтъ и до открытія сессіи». Слѣдовательно, «полученіе финонсовыхъ смѣтъ», кончающееся къ 25 сентября можетъ имѣть мѣста «и до начала сессіи». Отмѣчая возможность полученія «и до начала сессіи» *однихъ лишь финансовыхъ смѣтъ* и умалчивая о росписи доходовъ и расходовъ, ст. 3, очевидно, проводитъ между ними разницу въ отношеніи начала сессіи. Отсюда можно сдѣлать тотъ выводъ, что сессія можетъ быть не открыта до 25 сентября; но 1 октября, когда вносится самая роспись, сессія палатъ предполагается уже открытою. Вмѣстѣ съ тѣмъ такое пониманіе ст. 3 стоитъ въ полномъ согласіи съ несомнѣннымъ намѣреніемъ законодателя обезпечить за Думою достаточный періодъ времени для того, чтобы разсмотрѣніе бюджета было закончено къ 1 декабря [1]).

Необходимость разсмотрѣнія бюджета Гос. Совѣтомъ естественно приводитъ къ тому, что сессія палатъ продолжается и послѣ 1 декабря и притомъ непремѣнно сессія обѣихъ палатъ, такъ какъ при этомъ только условіи возможно образованіе согласительной комиссіи для устраненія возможныхъ разногласій между палатами по вопросу о размѣрахъ включенныхъ въ проектъ росписи кредитовъ—ст. 12.

Относительно дальнѣйшаго теченія законодательной сессіи весьма существенное указаніе содержится въ ст. 119

[1]) Обстоятельство это прекрасно отмѣчается у *Н. И. Лазаревскаго*. Къ разсмотрѣнію бюджета, говоритъ онъ, Дума «во всякомъ случаѣ должна приступить... въ промежутокъ между 1 октября и 31 декабря, и при этомъ на столько заблаговременно, чтобы имѣть возможность его разсмотрѣть». Назв. соч., стр 533. *Л. Ясинольскій* думаетъ, что «установлены сроки разсмотрѣнія бюджета (помимо подготовки его комиссіями) для Думы въ 2 мѣсяца, 1 октября—1 декабря»... Соотношеніе между нижней и верхней палатами въ области бюджета, Право 1909, стр. 1958.

Осн. Зак., по которой: «Если по заблаговременномъ внесеніи въ Государственную Думу предположеній о числѣ людей, потребномъ для пополненія арміи и флота, законъ по сему предмету не будетъ въ установленномъ порядкѣ изданъ къ 1 мая, то указомъ Государя Императора призывается на военную службу необходимое число людей, не свыше, однако, назначеннаго въ предшествующемъ году». Во первыхъ, изъ нея несомнѣнно слѣдуетъ, что по мысли законодателя наличность сессіи палатъ предполагается и весною новаго года, такъ какъ внесеніе проекта о контингентѣ новобранцевъ въ Думу должно быть «заблаговременнымъ». Во вторыхъ, закрытіе сессіи является невозможнымъ раньше 1 мая, если проектъ этотъ не прошелъ еще черезъ палаты, причемъ прохожденіе его здѣсь, какъ и всякаго другого проекта, зависитъ исключительно отъ самихъ палатъ по принадлежности. Иначе получилась бы юридическая невозможность ни изданія новаго закона о контингентѣ новобранцевъ, ни изданія указа о призывѣ на военную службу необходимаго числа людей, не превышающаго даже назначеннаго въ предшествующемъ году. Послѣднее слѣдуетъ изъ того, что принципіальная возможность изданія такого указа стоитъ въ прямой зависимости отъ того, что законъ о контигентѣ не можетъ быть изданъ къ 1 мая *по винѣ палатъ*. «Вина» же эта будетъ имѣть мѣсто лишь при задержкѣ палатами проекта еще къ 1 мая, когда разсмотрѣніе его должно быть уже закончено и при томъ непремѣнномъ условіи, что проектъ былъ внесенъ въ Думу «заблаговременно» [1]).

---

1) Въ отношеніи «заблаговременности» *Н. И. Лазаревскій* полагаетъ, что «контингентъ новобранцевъ долженъ быть установленъ къ 1 мая, при чемъ онъ долженъ быть внесенъ въ Думу «заблаговременно» (Осн. Зак. ст. 119), иначе онъ не можетъ быть установленъ и въ порядкѣ верховнаго управленія». Тамъ же, стр. 533. При всей теоретической правильности такого толкованія ст. 119 Осн. Зак., можно, однако, замѣтить, что практически въ значительной степени—если не совершенно—оно лишено значенія, такъ какъ понятіе «заблаговременности» болѣе чѣмъ неопредѣленно. Но не смотря на это, нельзя признать правильнымъ выводъ изъ ст. 119 Осн. Зак., который дѣлаетъ *С. А. Котляревскій*, Правовое государство и внѣшняя политика, М. 1909, стр. 208: «Право опредѣленія военнаго контингента можетъ окончательно свестись къ нулю, если не будетъ исполнено требованіе закона о «заблаговременности» его внесенія». Неисполненіе «заблаговременности», напр., внесеніе проекта въ Палаты 1 мая, не сводитъ къ нулю право палатъ по опредѣленію военнаго контингента, а

Такимъ образомъ, ежегодная сессія палатъ должна быть открыта не позже 1 октября одного года; несомнѣнно предполагается продолжающеюся послѣ 1 декабря этого года и въ началѣ слѣдующаго года и въ этомъ послѣднемъ, при извѣстныхъ условіяхъ, не можетъ быть закрыта ранѣе 1 мая [1]). Такой выводъ стоитъ въ полномъ соотвѣтствіи съ тѣми намѣреніями, какія имѣлись въ виду законодателемъ при установленіи дѣйствующаго понятія сессіи. Выше было подробно изложено, что въ отношеніи Думы 6 авг. сессія предполагалась продолжающейся съ осени одного года и до лѣта слѣдующаго года, благодаря чему перерывъ сессіи полагался на лѣтніе мѣсяцы. Несомнѣнно, предположенія эти остались въ силѣ и въ отношеніи Думы и Совѣта, какъ учрежденій законодательныхъ, такъ какъ формы опредѣленія времени ихъ занятій остались тѣ же, что и для Думы 6 августа.

Необходимость начала ежегодной сессіи палатъ къ опредѣленному сроку естественно должна быть принята во вниманіе и при опредѣленіи срока новаго созыва палатъ при досрочномъ ихъ роспускѣ по ст.ст. 104—105 Осн. Зак. [2]). Можно даже утверждать, что помимо формальной обязательности открывать *ежегодную* сессію не ранѣе 1 октября предшествующаго смѣтному года, при созывѣ палатъ послѣ досрочнаго ихъ роспуска, нужно принимать во вниманіе, что въ этомъ случаѣ палаты предварительному ознакомленію съ финансовыми смѣтами и росписью черезъ свои комиссіи должны предпослать избраніе соотвѣтствующихъ комиссій, каковыя въ другое время предполагаются уже избранными въ предшествующую сессію. Послѣднее соображеніе при-

---

устраняетъ возможность призвать новобранцевъ въ порядкѣ Верховнаго управленія даже въ числѣ не превышающемъ «назначеннаго въ предшествующемъ году». При такомъ условіи установленіе контингента новобранцевъ будетъ поставлено въ зависимость отъ согласія на то палатъ и при томъ согласія, неограниченнаго уже никакимъ срокомъ.

[1]) Повидимому въ томъ же направленіи высказывается и В. М. Гессенъ, говоря, что продолжительность сессіи является величиною *данной*, болѣе или менѣе постоянной»... Назв. соч., Право 1911, стр. 1013.

[2]) Иначе думаетъ С. А. Котляревскій, Юридическія предпосылки, стр.: «право роспуска не сопровождается обязанностью созывать въ опредѣленный срокъ». Того же мнѣнія Н. И. Лазаревскій, Лекціи, стр. 362 и Chasles, Le parlement russe, p. 144.

ложимо, конечно, и къ открытію сессіи Думы по истеченіи легислатуры, обусловливающемъ производство новыхъ выборовъ.

Заключенная въ такія рамки ежегодная сессія палатъ является непрерывно продолжающейся съ момента ея открытія и до момента закрытія. Другими словами въ отношеніи ея законъ не предусматриваетъ, такъ называемыхъ, пріостановокъ сессіи (Vertagung, ajournement). Такая особенность нашего права сравнительно съ законодательствами другихъ конституціонныхъ государствъ, знающими этотъ институтъ, объясняется перенесеніемъ въ него безъ всякихъ измѣненій ст. 4 Учр. 6 авг. Тамъ отсутствіе такихъ перерывовъ вытекало изъ самаго существа Думы 6 авг., какъ учрежденія совѣщательнаго. Обыкновенно пріостановки сессіи, объявляемыя главою государства, предусматриваются въ качествѣ возможности предотвращать конфликты правительства съ законодательными палатами. Въ отношеніи же Думы 6 авг. такіе конфликты были исключены въ принципѣ, такъ какъ окончательное рѣшеніе всѣхъ вопросовъ, подлежащихъ вѣдѣнію Думы, сосредоточивалось въ рукахъ Монарха. Съ переходомъ къ конституціонному режиму дѣло, конечно, измѣнилось и потому создалась почва для возникновенія пріостановки сессіи. Тѣмъ не менѣе и здѣсь она не была воспринята нашимъ правомъ. Все заимствованное изъ конституціоннаго права Запада по вопросу о сессіи было подробно изложено выше, но въ этихъ позаимствованіяхъ нѣтъ ни малѣйшаго намека на пріостановку сессіи. Сохраненіе же ст. 4 тѣмъ болѣе не говоритъ за усвоеніе нашимъ правомъ этого института. Поэтому распредѣленіе времени занятій палатъ въ теченіе сессіи стоитъ въ исключительной зависимости отъ самихъ палатъ по принадлежности, на основаніи предоставленнаго имъ права опредѣлять подробности внутренняго ихъ распорядка [1]). Отсюда естественно вытекаетъ и ихъ право отсрочивать свои занятія на нѣкоторое время. Но такія остановки въ дѣятельности палатъ, какъ бы продолжи-

[1]) Ст. 62 учр. Гос. Думы и ст. 60 учр. Гос. Сов.

тельны онѣ ни были, пріостановки сессіи изъ себя не представляютъ [1]).

Наконецъ, изъ того обстоятельства, что сессіей по нашему праву являются ежегодныя занятія палатъ, отграниченныя другъ отъ друга однимъ только перерывомъ, слѣдуетъ, что законъ разумѣетъ лишь одну годовую сессію. Выводъ этотъ подтверждается и тѣмъ, что возмѣщеніе путевыхъ издержекъ членамъ Думы и членамъ Гос. Сов. по выборамъ производится только одинъ разъ въ годъ [2]). Единство годовой сессіи [3]) перешло въ дѣйствующее право также вмѣстѣ со ст. 4 Учр. Думы 6 авг. Тамъ одна сессія въ году предполагалась не только потому, что сама Дума была учрежденіемъ постояннымъ, засѣдающимъ большую часть года, но, главнымъ образомъ, въ силу ея совѣщательнаго характера. Такой ея характеръ исключалъ надобность въ экстренныхъ ея созывахъ для обращенія къ ней за помощью, такъ какъ всякія экстренныя надобности могли быть разрѣшаемы независимо отъ Думы даже при наличности ея засѣданій. Въ новомъ же правѣ возможность обойтись безъ экстреннаго созыва палатъ обусловливается тѣми полномочіями, которыми надѣляетъ правительство ст. 87 Осн. Зак. Но это не создаетъ юридической невозможности экстреннаго созыва палатъ и, слѣдовательно, экстренной сессіи [4]). Такая невозможность имѣлась бы только при условіи прямого запрещенія подобнаго созыва въ законѣ. Поэтому по данному вопросу можно говорить только о пробѣлѣ въ правѣ, который легко можетъ быть заполненъ логическимъ истолкованіемъ права Монарха созывать палаты вообще.

При наличности такого созыва возможны два случая: или палаты будутъ распущены снова на остатокъ каникулъ и будутъ созваны въ срокъ, опредѣленный при закрытіи первой сессіи, или такого вторичнаго роспуска

---

[1]) Ср. Н. И. Лазаревскій, Лекціи, т. I, 1910, стр. 350.
[2]) Ст. 23 учр. Гос. Думы и ст. 28 учр. Гос. Сов.
[3]) Ср. В. М. Гессенъ, назв. соч., Право 1911, стр. 1015 сл.
[4]) Возможность экстренныхъ сессіи признаетъ бар. Б. Э. Нольде, назв. соч., Право 1911, стр. 1722.

на остатокъ каникулъ не послѣдуетъ и палаты останутся засѣдать до слѣдующаго лѣтняго перерыва. Въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть экстренную сессію, созванную въ промежуткѣ между двумя обычными ежегодными сессіями; во второмъ—болѣе раннее начало обычной ежегодной сессіи съ сокращеніемъ ранѣе опредѣленнаго срока перерыва на лѣтнія каникулы.

Въ отношеніи экстренной сессіи возможно только одно сомнѣніе: не должна ли она быть признана продолженіемъ предшествующей сессія, какъ несомнѣнная часть занятій даннаго парламентскаго года, т. е. «ежегодныхъ занятій», подъ которыми законъ разумѣетъ сессію. Это—во-первыхъ. Во-вторыхъ, возмѣщеніе депутатамъ путевыхъ издержекъ одинъ *только разъ въ годъ*, обусловленное единствомъ годовой сессіи, исключаетъ возможность вторичнаго возмѣщенія этихъ издержекъ и тоже какъ бы говоритъ за то, что данныя занятія суть продолженіе предшествующей сессіи. Но это въ свою очередь привело бы къ необходимости признать, что *закрытіе* предшествующей сессіи не было таковымъ, а было лишь *пріостановкой* сессіи. Между тѣмъ это противорѣчило бы несомнѣнному прекращенію всѣхъ юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ понятіемъ сессіи. Что же касается возмѣщенія депутатамъ путевыхъ издержекъ разъ въ годъ, то нужно имѣть въ виду, что оно само введено какъ результатъ предположенія единства годовой сессіи, а не наоборотъ. Со стороны же практической вопросъ можетъ быть легко разрѣшенъ проведеніемъ въ установленномъ порядкѣ спеціальнаго на то кредита.

III.

§ 8. Однимъ изъ выводовъ, къ которымъ привело насъ изученіе ст. 99, является положеніе, что дѣйствующее право знаетъ только одинъ перерывъ въ теченіе годовой сессіи, являющійся *закрытіемъ* ея, а что другіе перерывы между началомъ и концомъ сессіи, въ качествѣ *пріостановки* сессіи, ему неизвѣстны. Господствующее мнѣніе, наоборотъ, признаетъ множественность

перерывовъ сессіи по нашему праву, изъ которыхъ одинъ является *закрытіемъ* сессіи, а остальные *пріостановкой*. Въ виду важности даннаго вопроса для всего понятія сессіи по нашему праву необходимо остановиться на тѣхъ аргументахъ, на какихъ покоится указанное господствующее мнѣніе.

Въ большинствѣ случаевъ наличность пріостановки сессіи по дѣйствующему праву основываютъ на самой буквѣ закона и именно на ст. 99 Осн. Зак., полагая, что статья эта предусматриваетъ отсрочку. Сторонниками этого мнѣнія являются: І. Яшунскій, А. К. фонъ-Резонъ, Я. М. Магазинеръ, В. М. Гессенъ, бар. Б. Э. Нольде и Palme.

1. Яшунскій [1]) исходитъ изъ критики мнѣнія г. Лазаревскаго, признающаго, что «перерывъ занятій» по ст 99 Осн Зак. соотвѣтствуетъ только закрытію сессіи, а не пріостановкѣ ея [2]). Онъ полагаетъ, что «подъ правомъ опредѣлять указами сроки перерывовъ въ думскихъ занятіяхъ можно понимать и право пріостановить сессію и право закрыть ее. Другими словами «перерывъ занятій» представляется намъ собирательнымъ терминомъ, обозначающимъ и закрытіе и простую пріостановку. Выборъ между тѣмъ и другимъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ принадлежитъ Верховной власти...» [3]).

Основаніе для такого своего мнѣнія авторъ видитъ въ практикѣ, по которой перерывъ занятій Думы на рождественскія каникулы 1908—9 г.г. былъ произведенъ по Высочайшему указу и былъ истолкованъ не какъ закрытіе сессіи, а лишь какъ пріостановка ея, не смотря на то, что Высочайшій указъ и въ данномъ случаѣ былъ изданъ на основаніи 99 ст. Осн. Зак. и представлялъ собою буквальное повтореніе указа, которымъ было произведено закрытіе предшествующей сессіи Думы [4]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ данное имъ толкованіе «перерыва» ст. 99 имѣетъ въ виду объяснить, какимъ образомъ два совершенно одинаковыхъ акта

---

[1]) Назв. соч., Право 1909, стр. 1373.
[2]) Лекціи, стр. 350.
[3]) Назв. соч., Право 1909, стр. 1373.
[4]) Тамъ же, стр. 1372.

Верховной власти могли привести къ различнымъ послѣдствіямъ [1]). Такимъ образомъ получается, что опредѣленное толкованіе закона основывается на практикѣ, а сама практика объясняется порожденнымъ ею толкованіемъ закона, т. е. именно то, что въ логикѣ называется circulus vitiosus. Сказанное не теряетъ своего значенія отъ того, что нѣсколько ниже авторъ упрекаетъ практику въ небрежномъ составленіи текста Высочайшихъ указовъ, выразившемся въ тождественной редакціи указовъ, какъ закрывающихъ, такъ и пріостанавливающихъ сессію, и высказывается за необходимость того, чтобы въ дальнѣйшемъ «подлежащіе Высочайшіе указы редактировались ясно и недвусмысленно и не оставляли мѣста никакимъ сомнѣніямъ», такъ какъ иначе «для юридическихъ недоразумѣній и произвольныхъ толкованій останется свободное поприще» [2]). Этотъ упрекъ и пожеланіе по адресу практики есть не что иное, какъ дальнѣйшее развитіе указаннаго логическаго круга, такъ какъ возможность различнаго редактированія Высочайшихъ указовъ о перерывахъ, очевидно, предполагаетъ существованіе такого различія между ними по закону. Различіе же это авторъ выводитъ изъ даннаго имъ толкованія словъ «перерывъ занятій», толкованія, основаннаго имъ на практикѣ. Наконецъ, нельзя не отмѣтить того неизбѣжнаго сомнѣнія, которое вызываетъ толкованіе авторомъ выраженія «перерывъ». Въ самомъ дѣлѣ, почему, во-первыхъ, «перерывъ», превращается въ «перерывы», а во-вторыхъ, откуда слѣдуетъ, что перерывы эти могутъ быть различны? Особенно важно послѣднее обстоятельство. Если законъ говоритъ о «перерывѣ», или, допустимъ даже, о перерывахъ, то прежде всего нужно думать, что перерывы эти по закону тождественны. Для признанія же качественнаго различія между ними нужны основанія въ самомъ законѣ, такъ какъ съ перерывомъ соединяются чрезвычайно важныя послѣдствія При этомъ, очевидно, нельзя предоставить исключительно практикѣ

---

[1]) Тамъ же, стр. 1373.
[2]) Тамъ же, стр. 1374.

рѣшать: соединяются съ даннымъ перерывомъ предусмотрѣнныя по закону послѣдствія, или нѣтъ. На дѣлѣ это повело бы къ постояннымъ и едва ли желательнымъ нареканіямъ въ несоблюденіи и даже нарушеніи закона.

2. Къ аналогичнымъ съ только что разсмотрѣннымъ выводамъ г. Яшунскаго приходитъ А. К. Фонъ-Резонъ [1]). Онъ полагаетъ, что слово «перерывъ» въ ст. 99 Осн. Зак. «получаетъ двоякое значеніе: оно можетъ означать окончаніе или закрытіе сессіи... или же можетъ означать промежутокъ въ занятіяхъ одной и той же сессіи» [2]). Хотя разсужденія, которыя приводятъ второго автора къ такому, выводу, иныя, чѣмъ у перваго, тѣмъ не менѣе ни самый выводъ, ни легшія въ его основаніе разсужденія не могутъ быть признаны правильными.

Свои разсужденія авторъ строитъ такимъ образомъ: «Гос. Дума и Гос. Совѣтъ созываются ежегодно (98 ст. Осн. Гос. Зак.) на сессіи, обнимающія ежегодныя занятія... Сессіи могутъ быть закрыты, а занятія могутъ быть прерваны (99 ст. Осн. Гос. Зак. и 4 ст. Учр. Гос. Думы). Къ сожалѣнію въ нашихъ законахъ не говорится о закрытіи (Schliessung, clôture) Гос. Думы, а только о перерывѣ занятій, благодаря чему получается неопредѣленность въ терминологіи, а именно слово «перерывъ»... получаетъ двоякое значеніе» [3]).

Для правильной оцѣнки даннаго мнѣнія необходимо имѣть въ виду разъясненіе понятія сессіи докладчикомъ комиссіи по составленію наказа членомъ Гос. Сов. Манухинымъ и членомъ Гос. Сов. Тимирязевымъ, такъ какъ авторъ строитъ свои разсужденія именно на этомъ разъясненіи, признавая его «вполнѣ правильнымъ и согласнымъ съ нашими законами». Остановиться на этомъ разъясненіи г.г. Манухина и Тимирязева важно еще и потому, что оно, насколько намъ извѣстно, есть первое по времени истолкованіе понятія сессіи по дѣйству-

---

1) Объ особенныхъ правахъ выборныхъ членовъ Гос. Совѣта и членовъ Гос. Думы (14—16 ст. учр. Гос. Думы и 27 ст. учр. Гос. Сов.) Журналъ Министерства Юстиціи 1909, № 9, стр. 106—107.

2) Тамъ же, Журн. Мин. Юст. 1909, № 9, стр. 106—107.

3) Тамъ же, стр. 106.

ющему праву и носитъ авторитетный характеръ разъясненія. Оно несомнѣнно оказало вліяніе на образованіе господствующаго мнѣнія, благодаря чему на него ссылаются и другіе авторы.

Разъясненіе это слѣдующее:

«Я могу, сказалъ первый, доложить Гос. Совѣту, чѣмъ руководствовалась комиссія, а также законодательная власть при составленіи тѣхъ правилъ, которыя говорятъ о сессіи. Предполагалось, что сессія будетъ протекать, примѣрно, съ октября и до лѣта, т. е. будетъ захватывать осень одного года, а также зиму и весну другого. Кромѣ лѣтняго перерыва на вакантное время, могутъ быть перерывы и въ періодъ сессіи, напр., на время пасхальныхъ и рождественскихъ праздниковъ» [1]). «Эти не вполнѣ ясныя и точныя указанія, замѣчаетъ г. Фонъ-Резонъ [2]), дополнилъ членъ Гос. Сов. Тимирязевъ». Послѣдній сказалъ: «Мнѣ кажется, что понятіе сессіи и заграницей и у насъ, есть совершенно опредѣленное понятіе. По закону, который регулируетъ дѣйствія Гос. Думы и Гос. Совѣта, подъ сессіей разумѣется то время, которое заключается между Высочайше назначеннымъ днемъ открытія занятій учрежденія и Высочайше назначеннымъ днемъ ихъ закрытія. Другое опредѣленіе юридически и практически едва ли возможно принять, и я дѣлаю это поясненіе потому, что слово «перерывъ» можетъ вводить членовъ Государственнаго Совѣта въ заблужденіе. Перерывъ не есть прекращеніе сессіи, а сюда относятся случаи, о которыхъ говорилъ членъ Гос. Сов. Манухинъ. Что же касается лѣтняго ваканта, то онъ можетъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ прекращеніемъ сессіи, а можетъ быть и временнымъ ея перерывомъ. Итакъ, по нашему закону сессія есть время между днемъ открытія занятій и закрытіемъ ихъ. Таково же понятіе на Западѣ» [3]).

Данныя г.г. Манухинымъ и Тимирязевымъ разъясненія понятія сессіи по дѣйствующему праву пріобрѣтаютъ особенную важность потому, что оба они, какъ

---

[1]) Стен. отч. Гос. Сов., Сессія I, засѣд. 7, стр. 15.
[2]) Назв. соч., Журн. Мин. Юст., стр. 105.
[3]) Стен. отч. Гос. Сов., Сесеія I, засѣд. 7, стр. 15.

члены комиссіи по выработкѣ наказа, имѣютъ въ виду изложить точку зрѣнія послѣдней. Изъ указанія перваго явствуетъ, что комиссія при составленіи тѣхъ *правилъ*, которыя говорятъ *о сессіи, руководствовалась тѣми же соображеніями, что и сама законодательная власть.* Вслѣдствіе этого можетъ получиться впечатлѣніе, что разъясненія г.г. Манухина и Тимирязева излагаютъ именно то, чѣмъ руководствовался законодатель при созданіи понятія сессіи. Оба они несомнѣнно, были глубоко убѣждены, что въ своихъ разъясненіяхъ излагаютъ истинную волю законодателя и истинный смыслъ закона о сессіи. Тѣмъ не менѣе намѣренія законодателя въ отношеніи понятія сессіи не вполнѣ совпадаютъ съ соображеніями комиссіи по выработкѣ наказа, поскольку соображенія эти изложены въ разъясненіи г.г. Манухина и Тимирязева

Безусловно общимъ съ законодателемъ у комиссіи было предположеніе, что «сессія будетъ протекать, примѣрно, съ октября и до лѣта, т. е. будетъ захватывать осень одного года, а также зиму и весну другого» и что, слѣдовательно, окончаніемъ ея будетъ лѣтній перерывъ на вакантное время. Что же касается того, что «кромѣ лѣтняго перерыва на вакантное время, могутъ быть перерывы и въ періодъ сессіи, напр., на время пасхальныхъ и рождественскихъ праздниковъ», то, во первыхъ, отчасти неясно — высказывается ли здѣсь, личное мнѣніе г. Манухина или передается одно изъ соображеній законодателя и комиссіи, во вторыхъ, и въ томъ, и въ другомъ случаѣ оно является неправильнымъ. При изученіи ст. 4 учрежденія Думы 6 авг. мы видѣли, что при выработкѣ ея дѣйствительно имѣлось въ виду, что занятія Думы будутъ продолжаться съ осени одного года и до лѣта другого, когда они будутъ заканчиваться «перерывомъ» на лѣтнія ваканціи. Ни о какихъ другихъ перерывахъ не было и рѣчи, почему въ ст. 4 и было сказано: «сроки *перерыва*», а не *перерывовъ*. Намѣренія законодателя не измѣнились, повидимому, и впослѣдствіи, такъ какъ на это нѣтъ никакихъ указаній. Но если бы такія измѣненія и были, то все же безъ прямого выраженія ихъ въ законѣ они

не могли бы внести никакихъ измѣненій въ правило ст. 4, такъ какъ оно полностью было сохранено и въ новыхъ учрежденіяхъ Думы и Совѣта, и, сверхъ того, было зафиксировано въ 99 ст. Осн. Зак. Если же представленіемъ о множественности перерывовъ руководствовалась комиссія, то обстоятельство это не можетъ измѣнить значенія ст. 99 Осн. Зак., знающей лишь одинъ перерывъ въ ежегодныхъ занятіяхъ палатъ.

Если же это личное мнѣніе г. Манухина, то оно также, конечно, не можетъ быть принято, хотя въ одномъ отношеніи съ нимъ нельзя не согласиться—это, когда о лѣтнемъ вакантномъ времени онъ говоритъ какъ о *перерывѣ*. Здѣсь онъ стоитъ гораздо ближе къ правильному истолкованію ст. 99 Осн. Зак., чѣмъ г. Тимирязевъ. Раньше нами подробно было указано происхожденіе термина «перерывъ» и его полное соотвѣтствіе съ тѣмъ значеніемъ, какое онъ долженъ былъ имѣть по ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 авг., когда окончаніе занятій одного года было именно простымъ временнымъ перерывомъ занятій, а не *закрытіемъ* сессіи. Указано было и на послѣдующее несоотвѣтствіе его съ тѣмъ значеніемъ, какое въ новомъ законодательствѣ получило окончаніе ежегодныхъ занятій палатъ, т. е. именно какъ закрытія сессіи. Единственно правильный выводъ, который можно сдѣлать изъ этой неточности закона, образовавшейся исторически и потому подлежащей толкованію также въ исторической перспективѣ, это тотъ, что «перерывъ занятій» по ст 99 Осн. Зак. есть по прежнему *окончаніе* ежегодныхъ занятій, хотя съ окончаніемъ этимъ, въ настоящее время, и соединяется совершенно другое значеніе, чѣмъ было раньше. Этотъ выводъ и сказывается у г. Манухина въ названіи лѣтняго вакантнаго времени, какъ окончанія ежегодныхъ занятій палатъ, *перерывомъ*. Признаніе же имъ другихъ перерывовъ, кромѣ окончанія занятій, приводитъ къ тому, что эти другіе перерывы естественно должны быть отличны отъ перваго перерыва, какъ окончанія занятій, т. е. закрытія сессіи: 1) окончаніе сессіи можетъ быть только одно, 2) они бываютъ «въ періодъ сессіи, напр., на время пасхальныхъ и рождественскихъ

праздниковъ», т. е. между началомъ и концомъ длящейся сессіи. Такіе перерывы будутъ уже *пріостановкой* сессіи въ техническомъ смыслѣ этого слова.

Любопытно прослѣдить откуда эти перерывы-пріостановки сессіи появляются? Ключъ къ отвѣту на этотъ вопросъ даетъ приведенная выше рѣчь г. Тимирязева. Для правильной оцѣнки ея нужно имѣть въ виду, что въ комиссіи по выработкѣ наказа послѣдній, вмѣстѣ съ членомъ Гос. Сов. Корвинъ-Милевскимъ, служилъ живымъ источникомъ [1]) свѣдѣній о парламентскихъ порядкахъ Запада, съ которыми эта комиссія серьезно считалась [2]), и потому, очевидно, на ряду съ докладчикомъ г. Манухинымъ, онъ давалъ разъясненія возникшихъ недоумѣній по поводу понятія сессіи.

Г. Тимирязевъ исходитъ изъ того положенія, что «понятіе о сессіи и заграницей и у насъ есть совершенно опредѣленное понятіе», подъ которымъ разумѣется время между днемъ открытія занятій законодательныхъ учрежденій и закрытіемъ ихъ. Такое поясненіе онъ считаетъ необходимымъ для правильнаго пониманія слова «перерывъ», способнаго, по его мнѣнію, ввести въ заблужденіе, такъ какъ «перерывъ» не есть прекращеніе сессіи, а лишь *временный* ея перерывъ. Несомнѣнно, что «прекращенію сессіи» (закрытію, Schliessung, clôture) противополагается «перерывъ», какъ пріостановка сессіи (Vertagung, ajournement). Наличность *закрытія* сессіи здѣсь презюмируется самымъ «совершенно опредѣленнымъ понятіемъ сессіи»; значеніе же перерыва,

---

[1]) [2]) Членомъ Гос. Сов. *Багалѣемъ* было указано, что въ качествѣ матеріала для выработки наказа Гос. Сов. государственной канцеляріей была издана и разослана членамъ Совѣта брошюра «Очеркъ внутренней жизни представительныхъ учрежденій Западной Европы». Государственный Совѣтъ. Стеногр. отч., Сессія I, засѣд. 6, 22/VI 1906 г., стр. 8. Докладчикъ комиссіи призналъ, что брошюра эта дѣйствительно служила матерьяломъ для комиссіи и, кромѣ того прибавилъ, что «комиссія крайне сожалѣла, что она не имѣла достаточныхъ свѣдѣній объ условіяхъ практическаго примѣненія наказовъ на Западѣ, но были, однако, въ нашей средѣ два лица, именно В. И. Тимирязевъ и И. О. Корвинъ-Милевскій. В. И. Тимирязевъ знакомъ съ порядками германскими, а И. О. Корвинъ-Милевскій—съ парламентскою дѣятельностью въ Англіи и Франціи». Тамъ же, стр. 10. Нѣсколько раньше г. *Манухинъ* отъ имени комиссіи заявилъ: «мы исходили изъ того, что Гос. Совѣтъ въ настоящее время не имѣетъ въ своемъ преобразованномъ видѣ никакого опыта и потому *всѣ указанія* въ этомъ отношеніи *необходимо почерпнуть изъ практики западно-европейскихъ государствъ*». Тамъ же, стр. 7

какъ пріостановки сессіи, выводится изъ слова «перерывъ», толкуемаго съ точки зрѣнія содержанія, влагаемаго въ него въ общежитіи. Въ этомъ смыслѣ перерывъ означаетъ не полное окончаніе чего-либо, а лишь временную его пріостановку, благодаря чему, онъ болѣе подходитъ для обозначенія пріостановки сессіи, а не закрытія ея. Отсюда слѣдуетъ, что, припысывая русскому праву понятіе сессіи, тождественно съ соотвѣтствующимъ понятіемъ конституціоннаго права, г. Тимирязевъ примѣнительно къ этому и толкуетъ ст. 99 Осн. Зак., не считаясь совершенно съ особенностями русскаго права. Другими словами, законъ истолковывается примѣнительно къ заранѣе опредѣленному понятію сессіи, а не это послѣднее строится на основаніи закона, какъ бы слѣдовало на самомъ дѣлѣ. Пріемъ этотъ, какъ увидимъ ниже, является характернымъ не для одного только г. Тимирязева. Въ частности есть онъ несомнѣнно и у г. Манухина.

Для полноты характеристики разъясненій г.г. Манухина и Тимирязева нужно отмѣтить, что сами они, повидимому, считали, что держатся одного и того же мнѣнія по разъясняемому ими вопросу. Такъ, г. Тимирязевъ дополняя разъясненіе г. Манухина ссылается на г. Тимирязева, а г. Манухинъ непосредственно за г. Тимирязевымъ подтверждаетъ сказанное послѣднимъ, говоря, что «сессія есть понятіе опредѣленное» [1]). Тѣмъ не менѣе, между ними есть одно, ускользнувшее отъ ихъ собственнаго вниманія, разногласіе, которое, однако, очень ярко оттѣняетъ, что оба они въ своихъ разъясненіяхъ, имѣли въ виду, главнымъ образомъ, «совершенно опредѣленное понятіе» сессіи, различіе же ихъ въ пониманіи буквы дѣйствующаго закона объ этомъ понятіи отступало далеко на задній планъ. Такъ, для г. Манухина «лѣтній перерывъ на вакантное время» не смотря на то, что имъ заканчиваются ежегодныя занятія, что̀ съ точки зрѣнія «опредѣленнаго» понятія сессіи, есть несомнѣнно закрытіе (Schliessung, clôture) сессіи, все-таки, по терминологіи закона, остается перерывомъ.

---

1) Тамъ же, стр. 8.

Для г. Тимирязева же, прежде всего, «перерывъ не есть закрытіе сессіи». Значитъ, закрытіе сессіи перерывомъ названо быть не можетъ. Это первое разнорѣчіе. Далѣе г. Манухинъ говоритъ, что «кромѣ лѣтняго перерыва на вакантное время могутъ быть перерывы и въ періодъ сессіи, наприм., на время пасхальныхъ и рождественскихъ праздниковъ». Г. Тимирязевъ же, замѣтивъ, что «перерывъ не есть прекращеніе сессіи», продолжаетъ: «а сюда относятся случаи, о которыхъ говорилъ членъ Гос. Совѣта Манухинъ. Что же касается лѣтняго ваканта, то онъ можетъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ прекращеніемъ сессіи, а можетъ быть и временнымъ ея перерывомъ». Такимъ образомъ, въ категорію перерывовъ, отличающихся отъ закрытія сессіи, г. Тимирязевъ отнесъ всѣ перерывы, указанные г. Манухинымъ, въ то время какъ у послѣдняго на первомъ мѣстѣ стоитъ перерывъ на лѣто, какъ окончаніе сессіи.

Можно съ увѣренностью сказать, что г.г. Манухинъ и Тимирязевъ исходили изъ «опредѣленнаго понятія сессіи», заимствованнаго изъ конституціоннаго права Запада, т. е. сессіи, знающей не только закрытіе, но и пріостановку ея. Имѣя, такимъ образомъ, въ виду пріостановку сессіи, прерывающую занятія палатъ лишь на время, они естественно и пришли къ пониманію «перерыва» ст. 99 Осн. Зак., какъ пріостановки сессіи. Что же касается закрытія сессіи, то спеціальное обоснованіе его на буквѣ закона имъ представлялось, очевидно, излишнимъ, такъ какъ оно и безъ того слѣдуетъ изъ принятаго ими понятія сессіи.

Къ разсмотрѣнному разъясненію г.г. Манухина и и Тимирязева г фонъ-Резонъ всецѣло присоединяется, считая его «вполнѣ правильнымъ и согласнымъ съ нашими законами» [1]). Поэтому все сказанное выше о разъясненіи г.г Манухина и Тимирязева нужно имѣть въ виду при оцѣнкѣ мнѣнія г. фонъ-Резона. Въ частности интересно отмѣтить, какъ отразились въ немъ указанныя противорѣчія у г.г. Манухина и Тимирязевва. Хотя по поводу рѣчи перваго авторъ и замѣчаетъ, что

---

[1]) Назв. соч., Ж. М. Ю. 1909, № 9, стр. 106.

«эти невполнѣ ясныя и точныя указанія дополнилъ членъ Гос. Совѣта Тимирязевъ», тѣмъ не менѣе настоящаго противорѣчія между ними онъ не указываетъ. Мало того, отдѣльные элементы этихъ разнорѣчій онъ соединяетъ въ одно цѣлое и не совсѣмъ точно приписываетъ его г. Тимирязеву. Такъ, у послѣдняго онъ береть положенія, что «перерывъ» ст. 99 Осн. Зак. есть только пріостановка сессіи («перерывъ не есть прекращеніе сессіи»), что закрытіе сессіи не оговорено въ нашихъ законахъ, но что все таки «сессіи могутъ быть закрыты», такъ какъ это вытекаетъ изъ самаго понятія сессіи. У г. Манухина же онъ беретъ возможность двоякаго пониманія слова «перерывъ», т. е. и какъ закрытія сессіи, и какъ пріостановки ея, приписывая, однако, это пониманіе г. Тимирязеву [1]). Между тѣмъ послѣдній какъ разъ подчеркиваетъ различіе «перерыва» и «прекращенія сессіи».

§ 10. Признаніе наличности пріостановки сессіи по дѣйствующему праву имѣется и у всѣхъ другихъ писателей, касавшихся этого вопроса, хотя они исходятъ уже изъ другого толкованія ст. 99 Осн. Зак. Въ то время, какъ разсмотрѣнныя выше мнѣнія и пріостановку сессіи, и закрытіе ея формально соединяютъ съ понятіемъ «перерыва» ст. 99, данная группа писателей, къ которой относятся Я. М. Магазинеръ [2]), В. М. Гессенъ [3]), бар. Б. Э. Нольде [4]), Н. И. Лазаревскій [5]), A. Palme [6]), раздѣляетъ ст. 99 на двѣ различныхъ половины: въ первой части, говорящей объ опредѣленіи «продолжительности ежегодныхъ занятій» палатъ, они видятъ указаніе

---

1) Тамъ же. стр. 106.
2) Назв. соч., стр. 67 сл.
3) Назв. соч., Право 1911, стр. 1014, 1018—1019.
4) Очерки, стр. 38—39; *его-же*, назв. соч., Право 1911, стр. 1721.
5) Первоначально онъ держался того мнѣнія, что употребленный въ законѣ терминъ «перерывъ занятій» соотвѣтствуетъ закрытію сессіи, а не пріостановкѣ ея и что послѣдняя возможна у насъ, какъ и въ Англіи, только по постановленію самихъ палатъ. См. Лекціи, стр. 350. Но въ послѣднемъ (3) изданіи своего курса, подъ вліяніемъ названныхъ работъ г.г. Гессена и бар. Нольде, значительно измѣнилъ свой взглядъ по вопросу о сессіи вообще и въ частности относительно пріостановки сессіи, повидимому, раздѣляетъ точку зрѣнія указанныхъ авторовъ. См. Русское государственное право, т. I, 1913, стр. 533 сл
6) Die Russiche Verfassung, S. 168.

на закрытіе сессіи, а во второй, говорящей о «срокахъ перерыва занятій», они видятъ указаніе на пріостановку сессіи. По мнѣнію названныхъ писателей, ст. 99 Осн. Зак. отдѣльно предусматриваетъ и пріостановку и закрытіе сессіи, въ то время, какъ открытіе ея опредѣляется ст. 98 Осн. Зак.

Если стоять на точкѣ зрѣнія исключительно догматическаго истолкованія ст.ст. 98 и 99 Осн. Зак., то за изложеннымъ мнѣніемъ нельзя не признать извѣстной стройности и логичности, такъ какъ всѣ моменты типическаго понятія сессіи, созываемой, пріостанавливаемой и закрываемой, находятъ вполнѣ, повидимому, удовлетворительное объясненіе на основаніи самой буквы закона. Такъ, о ежегодномъ созывѣ палатъ говоритъ ст. 98; вторая часть ст. 99 говоритъ о «перерывѣ» занятій, что при разсмотрѣніи термина въ законѣ «per se», внѣ его «мѣста и даннаго конкретнаго примѣненія», какъ выражается г. Магазинеръ [1]), естественнѣе всего можетъ быть истолковано въ смыслѣ пріостановки сессіи; первая же половина ст. 99, говоря о «продолжительности занятій», несомнѣнно предполагаетъ, что долженъ быть такой ихъ конецъ, послѣ котораго необходимъ созывъ палатъ. Концомъ же такимъ не можетъ быть простая пріостановка сессіи, послѣ которой обычно новаго созыва не требуется. Слѣдовательно, нѣтъ ничего правдоподобнѣе признать, что первая половина ст. 99 говоритъ именно о закрытіи сессіи. Но, какъ видно изъ предшествующаго изложенія, понятіе сессіи дѣйствующаго права сложилось изъ очень различныхъ элементовъ, учесть которые необходимо для правильнаго установленія понятія сессіи по дѣйствующему праву. Благодаря тому, что приведенное мнѣніе совершенно не считается съ указанною особенностью нашего права, оно, несмотря на всю его стройность и логичность, не можетъ быть признано правильнымъ.

Съ особенной яркостью исключительно догматическій пріемъ истолкованія ст.ст. 98 и 99 сказывается у Я. М. Магазинера, который совершенно не принимаетъ

---

[1]) Назв. соч., стр. 71.

во вниманіе исторію происхожденія ст. 99. Такъ, напр., онъ полагаетъ, что «если бы «сроки перерыва занятій» означали также моментъ закрытія сессіи, то не было бы никакой нужды въ начальныхъ словахъ ст. 99», т. е. въ особомъ упоминаніи о правѣ опредѣлять «продолжительность ежегодныхъ занятій», такъ какъ въ нихъ не было бы юридическаго смысла и ст.ст. 98—99 были бы редактированы иначе, но «именно потому, что въ терминахъ нашего права, «перерывъ» означаетъ только пріостановку сессіи, и введено выраженіе «продолжительность ежегодныхъ занятій», означающее продолжительность сессіи, въ то время, какъ перерывъ означаетъ отсрочку сессіи безъ нарушенія ея единства» [1].

Если принять во вниманіе, что въ «терминахъ нашего права» «перерывъ» существовалъ уже въ ст. 4 учр. 6 авг., то придется признать, 1) что пріостановка сессіи была извѣстна этому послѣднему и 2) что въ немъ именно потому и введено выраженіе «продолжительность занятій», означающее продолжительность сессіи», чтобы выразить этимъ право закрытія сессіи. Изъ этого необходимо слѣдуетъ, что по нашему праву ясное различіе между *закрытіемъ* сессіи и простой *пріостановкой* ея проводилось уже въ отношеніи Думы 6 авг. Но, какъ мы видѣли выше, въ отношеніи Думы 6 авг. не только не было различія между закрытіемъ сессіи и пріостановкой ея, но таковое было даже невозможно: основаніемъ для него обычно служитъ разница въ послѣдствіяхъ, соединяемыхъ съ закрытіемъ и пріостановкой сессіи; для Думы же 6 авг. законъ не соединялъ никакихъ послѣдствій съ ея занятіями [2]). При этомъ редакцію ст. 99 Осн. Зак. г. Магазинеръ ставитъ, до нѣкоторой степени, въ зависимость отъ ст. 98 Осн. Зак. Но при болѣе позднемъ появленіи послѣдней въ нашемъ правѣ едвали возможно говорить о такой зависимости. Дѣло не мѣняется отъ того, что

---

[1]) Назв. соч., стр. 69—70.

[2]) О значеніи суточнаго довольствія во время занятій было сказано выше.

обѣ эти статьи одновременно появились въ Основныхъ Законахъ 23 апрѣля 1906 г., такъ какъ еще ранѣе этого будущая ст. 99 вошла въ конституціонное законодательство въ видѣ ст. 4 учр. Гос. Думы 20 февр. 1906 г. [1]), а еще ранѣе составляла ст. 4 Учр. Думы 6 авг.

Тоже самое нужно сказать и о сопоставленіи имъ ст. 99 съ ст. 87 Осн. Зак. Въ доказательство того, что «перерывъ» ст. 99 есть только пріостановка сессіи и ни въ какомъ случаѣ не можетъ означать закрытія сессіи, каковымъ, по его мнѣнію, является «прекращеніе занятій» по ст. 87 Осн. Зак.,—онъ говоритъ, что иначе, вмѣсто термина «перерывъ занятій» и выраженія «продолжительность ежегодныхъ занятій», ст. 99 «могла бы ограничиться однимъ *воспроизведеніемъ термина ст. 87* [2]): «прекращеніе занятій» [3]). Какъ извѣстно, впервые будущая ст. 87 Осн. Зак. появилась въ манифестѣ 20 февр. 1906 г., т. е. опять-таки послѣ выработки редакціи ст. 4 Учр. Думы 20 февр. 1906 г., соотвѣтствующей ст 99 Осн. Зак.

Разсужденія бар. Б. Э. Нольде по данному вопросу тождественны съ только что разсмотрѣнными, хотя послѣдній, въ отличіе отъ г. Магазинера, съ большою подробностью останавливается на исторіи образованія ст. 99 и, въ частности, съ особеннымъ вниманіемъ изучаетъ смыслъ и значеніе ст. 4 Учр. Думы 6 авг. Но, не смотря на это, онъ также не видитъ въ дѣйствующемъ правѣ о сессіи разнородныхъ элементовъ, благодаря чему и приходитъ къ тѣмъ же выводамъ по данному вопросу, что и г. Магазинеръ. Объясняется это тѣмъ, что весь смыслъ, который бар. Нольде влагаетъ въ ст.ст. 98 и 99 Осн. Зак., онъ находитъ уже въ ст. 4 Учр. Думы 6 авг. Разсужденія его въ этомъ отношеніи были подробно разсмотрѣны выше. Здѣсь же остается добавить лишь одно замѣчаніе [4]), касающееся спеціально вопроса о перерывѣ, какъ пріостановкѣ сессіи.

---

[1]) Соотвѣтствующая ей ст. 30 учр. Гос. Сов. появилась вмѣстѣ съ самимъ учрежденіемъ 24 апр. 1906 г.

[2]) Курсивъ подлинника.

[3]) Назв. соч., стр. 71.

[4]) Замѣчаніе это одинаково относится и къ г. Магазинеру.

Ст. 99 Осн. Зак. говоритъ о срокахъ «*перерыва*». При истолкованіи этого слова, какъ *пріостановки* сессіи, необходимо признать, что такой перерывъ можетъ быть *только одинъ разъ въ годъ* [1]). Но авторъ подъ перерывомъ разумѣетъ *перерывы* [2]), т. е. право отсрочки въ неограниченномъ видѣ. Такое толкованіе стоитъ, однако, въ прямомъ противорѣчіи съ буквой закона [3]). Нѣтъ никакихъ основаній предполагать, что законодатель сознательно или по ошибкѣ вмѣсто «сроки перерывовъ», сказалъ «сроки перерыва». Допустить же, чтобы наше право, принципіально предусматривая пріостановку сессіи, ограничивало ее однимъ только разомъ въ теченіе сессіи, ни въ какомъ случаѣ не возможно. Невозможность эта является тѣмъ большею, что въ виду тождества ст. 99 Осн. Зак. и ст. 4 учр. Думы 6 авг. такая же, слѣдовательно, единичность пріостановки была предусмотрѣна уже въ отношеніи Думы 6 авг. Между тѣмъ всякія ограниченія въ этомъ отношеніи обычно являются средствомъ обезпечить независимость представительныхъ учрежденій отъ усмотрѣнія главы государства. Едва ли можно допустить, чтобы законодатель имѣлъ въ виду такое ограниченіе усмотрѣнія Монарха и тѣмъ болѣе по связи съ Думою 6 авг.

Всѣ разсмотрѣнные до сихъ поръ авторы прямо или косвенно исходили изъ мысли, что дѣйствующее по нашему праву понятіе сессіи есть продуктъ конституціонной жизни Запада, во всей его чистотѣ и неприкосновенности перенесенный оттуда въ Россію [4]). На совершенно противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ В. М. Гессенъ. Онъ думаетъ, что дѣйствующее законодательство заимствуетъ понятіе сессіи въ готовомъ видѣ изъ

---

[1]) Такой именно выводъ и дѣлаетъ Palme: «Die Tagung der Staatsduma und des Staatsrates darf daher ausser der durch Anfang und Ende der jährlichen Dauer bestimmten Unterbrechung nur noch einmal durch kaiserliche Verordnung unterbrochen werden. Dies übersicht Nolde.., welcher behauptet, dass Art. 99 von «Unterbrechungen» spricht». Die Russiche Verfassung, S. 168.

[2]) Очерки, стр 39 и назв. соч., Право 1911, стр. 1721.

[3]) Ср. Горенбергъ, назв. соч., Право 1911, стр. 2294, прим. 1.

[4]) Прямое и полное позаимствованіе понятія сессіи изъ конституціонаго права признаютъ г. Магазинеръ, назв. соч., стр. 67 и бар. Нольде, назв. соч., Право 1911, стр. 1715 сл., М. Б. Горенбергъ, назв. соч., Право 1911, стр. 2290 сл.

отечественнаго дореформеннаго права, т. е. изъ учрежденія стараго (дореформеннаго) Государственнаго Совѣта—ст. 29. При этомъ авторъ замѣчаетъ, что выводъ изъ анализа отдѣльныхъ постановленій дѣйствующаго права будетъ тотъ же, что и изъ анализа его источниковъ [1]).

Казалось бы, что такая точка зрѣнія автора вполнѣ обезпечиваетъ всестороннее выясненіе въ понятіи сессіи дѣйствующаго права всѣхъ тѣхъ элементовъ, которые заимствованы имъ изъ дореформеннаго права, и что это отразится на истолкованіи авторомъ ст. 99. Между тѣмъ, приступая къ анализу ст.ст. 98—99 Осн. Зак., онъ, совершенно тождественно съ г г. Магазинеромъ и бар. Нольде, усматриваетъ въ нихъ всѣ элементы понятія сессіи конституціоннаго права—созывъ, закрытіе и пріостановку ея [2]), т. е. дѣлаетъ выводъ, который ни въ какомъ случаѣ не слѣдуетъ изъ «источника» дѣйствующаго права ст. 29 Учр. Гос. Сов., изд. 1901 г. Пріостановки сессіи въ дореформенномъ правѣ, конечно, не было и потому, если она есть въ дѣйствующемъ правѣ, то она могла быть перенесена туда только изъ конституціоннаго права Запада.

Такимъ образомъ и г. Гессенъ, хотя и съ явнымъ противорѣчіемъ самому себѣ, толкуетъ данныя статьи внѣ связи съ ихъ историческимъ происхожденіемъ, т. е. исключительно догматически, отыскивая въ нихъ элементы заранѣе даннаго понятія.

§ 11. Совершенно особнякомъ приходится поставить мнѣніе М. Б. Горенберга, такъ же, какъ и всѣ прочіе авторы, признающаго наличность пріостановки сессіи по дѣйствующему праву. Хотя онъ и не имѣетъ въ виду установленнаго выше органическаго развитія ст. 99 Осн. Зак. изъ ст. 29 Учр. Гос. Совѣта, изд. 1901 г., черезъ посредство ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 авг., однако, признаетъ, что послѣдняя статья вполнѣ соотвѣтствовала ст. 29 Учр. Гос. Совѣта въ силу необходимости «согласованія учрежденія Гос. Думы съ учрежденіемъ Гос.

---

1) Назв. соч., Право 1911, стр. 1013—1014.
2) Назв. соч., стр. 1014 сл.

Совѣта, съ которымъ ей предстояло совмѣстно дѣйствовать» [1]). По этому учрежденію Гос. Думы 6 авг. «качественная разница между перерывомъ въ занятіяхъ Думы въ смыслѣ окончанія ихъ и пріостановкою ихъ... такъ же неизвѣстна, какъ неизвѣстна она была учрежденію стараго Гос. Совѣта» [2]). Такимъ образомъ ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 авг. «пріурочена была къ дѣлопроизводству стараго Гос. Совѣта, собранія котораго продолжались въ теченіе года, за исключеніемъ лѣтнихъ мѣсяцевъ... Здѣсь, какъ и въ учрежденіи стараго Гос Совѣта, имѣется въ виду одинъ перерывъ, сроками котораго опредѣляется и продолжительность занятій» [3]). Сохраненіе этой статьи безъ всякихъ измѣненій въ дѣйствующемъ правѣ [4]) привело къ тому, что «наши дѣйствующіе законы совершенно не знаютъ права отсрочки, которое особо упоминается среди правъ монарха въ иностранныхъ законодательствахъ, ибо «перерывъ», о которомъ, въ единственномъ при томъ числѣ, говорятъ ст. 99 Осн. Зак. и ст. 4 Учр. Гос. Думы, есть... перерывъ передъ вакантнымъ временемъ, перерывъ занятій, которымъ заканчивается сессія. Больше же ни о какихъ перерывахъ нигдѣ не говорится» [5]).

Казалось бы, что нельзя болѣе ясно высказать отрицаніе пріостановки сессіи по дѣйствующему праву. Однако, авторъ непосредственно за этимъ говоритъ, что пріостановка сессіи по нашему праву *несомнѣнно существуетъ*, такъ какъ она «связана съ усвоеннымъ нашимъ законодательствомъ понятіемъ сессіи, созываемой, закрываемой и пріостанавливаемой Монархомъ». Въ законѣ же она не оговорена «именно потому, что послѣ манифеста 17 октября 1905 года учрежденіе стараго Гос. Совѣта измѣнялось, а учрежденіе Гос. Думы пересматривалось вмѣсто того, чтобы быть выработанными вновь» [6]). Но въ другомъ мѣстѣ, то же самое обсто-

---

1) Назв. соч., Право 1911, стр. 2285.
2) Тамъ же, стр. 2287.
3) Тамъ же, стр. 2291.
4) Тамъ же, стр. 2292.
5) Тамъ же, стр. 2293—2294.
6) Тамъ же, стр. 2294—2295.

ятельство онъ объясняетъ нѣсколько иначе. «Понятіе.. сессіи, открываемой, закрываемой и пріостанавливаемой... сдѣлалось достояніемъ конституціонной теоріи, какъ совокупности понятій, извлеченныхъ изъ взаимоотношенія законодательныхъ и др. высшихъ учрежденій въ представительной монархіи. Вотъ почему новѣйшее наше законодательство, оперируя при помощи выраженія сессія, нигдѣ его не опредѣляетъ, предполагая его извѣстнымъ» [1]). Доказательство усвоенія нашимъ правомъ такого понятія сессіи авторъ видитъ въ правилѣ манифеста 20 февраля о ежегодномъ созывѣ и роспускѣ палатъ Высочайшими указами. «Недаромъ, говоритъ онъ, это правило поставлено во главѣ всѣхъ прочихъ, относящихся до совмѣстной дѣятельности законодательныхъ учрежденій. Оно вытекаетъ изъ юридической природы современнаго народнаго представительства... Постановленіемъ о томъ, что законодательныя учрежденія ежегодно созываются и распускаются Высочайшими указами, создается... понятіе сессіи въ смыслѣ періода засѣданій между созывомъ и роспускомъ со всѣми послѣдствіями, связанными съ этимъ понятіемъ въ представительной монархіи» [2]).

Нельзя не согласиться съ авторомъ, что указанное правило манифеста 20 февраля знаменовало собою переходъ нашего законодательства къ представленіямъ конституціоннаго права по вопросу о сессіи. Но сдѣлать отсюда выводъ, что этимъ самымъ усваивается понятіе сессіи, не только созываемой и закрываемой, *но и пріостанавливаемой*, едва ли возможно, такъ какъ манифестъ говоритъ только о созывѣ и роспускѣ (закрытіи) палатъ и ничего больше. Признаетъ это и самъ авторъ. Доказывая, что въ ст. 87 Осн. Зак. не имѣлось въ виду прекращеніе занятій во время пріостановки сессіи, говоритъ, что «выраженіе «во время прекращенія занятій» появилось впервые въ манифестѣ 20 февраля 1906 г., которому «*извѣстны были только созывъ Думы и ея роспускъ, въ смыслѣ закрытія сессіи*» [3]). Значитъ

---

[1]) Тамъ же, стр. 2367.
[2]) Тамъ же, стр. 2290.
[3]) Курсивъ нашъ. Тамъ же, стр. 2355.

самъ авторъ признаетъ, что манифестомъ 20 февраля пріостановка сессіи въ наше право не вводилась. Если же принять во вниманіе, что усвоеніе послѣднимъ понятія сессіи «со всѣми послѣдствіями, связанными съ этимъ понятіемъ въ представительной монархіи», авторъ относитъ именно къ манифесту 20 февраля, то будетъ совершенно ясна невозможность принять конечный его выводъ, что право наше усвоило понятіе сессіи, созываемой, закрываемой *и пріостанавливаемой*. Иначе получилось бы такое невозможное положеніе: понятіе сессіи создается манифестомъ 20 февраля, неимѣющимъ въ виду пріостановки сессіи, но въ самомъ этомъ понятіи implicite заключается и пріостановка сессіи.

Нельзя согласиться съ авторомъ и въ объясненіи причинъ умолчанія въ нашемъ правѣ о пріостановкѣ сессіи. «Пересмотръ» и «измѣненіе» учрежденій палатъ, вмѣсто выработки ихъ вновь, здѣсь совершенно неповинны. Такой способъ выработки дѣйствующаго законодательства вызываетъ со стороны автора сожалѣніе потому, что въ результатѣ его остались не проведенными послѣдовательно «начала» манифеста 17 октября и «главныя основанія» манифеста 20 февраля [1]). Но если даже въ послѣднемъ, создавшемъ дѣйствующее понятіе сессіи, не имѣлось въ виду пріостановки ея, то о первомъ, по связи съ вопросомъ о пріостановки сессіи, говорить тѣмъ болѣе не приходится. Поэтому и при послѣдовательномъ проведеніи указанныхъ «началъ» и «главныхъ основаній» въ дѣйствующемъ правѣ могло бы не оказаться въ немъ понятія сессіи, *пріостанавливаемой*».

Наконецъ, не лишне будетъ замѣтить о самомъ понятіи сессіи, какъ «достояніи конституціонной теоріи», которымъ, по мнѣнію автора, оперируетъ наше законодательство [2]). Дѣйствительно подъ этимъ понятіемъ въ теоріи обычно разумѣется сессія, созываемая, открываемая и пріостанавливаемая. Но это есть лишь логическая индукція—и притомъ неполная, составлен-

---

1) Тамъ же, стр. 2288.
2) Тамъ же, стр. 2367.

ная на основаніи обобщенія постановленій отдѣльныхъ законодательствъ. Если же обратиться непосредственно къ этимъ послѣднимъ, то окажется, что между ними имѣется значительное разнообразіе. Выше было уже указано, что цѣлый рядъ государствъ устанавливаетъ возможность собраній палатъ въ опредѣленный закономъ срокъ *и безъ созыва* ихъ на сессію. Что же касается спеціально пріостановки сессіи, то въ этомъ отношеніи всѣ представительныя монархіи можно раздѣлить на три различныхъ категоріи. Въ однѣхъ изъ нихъ, какъ, напр., Англіи [1]), пріостановки сессіи нѣтъ вовсе, примѣняющаяся же въ парламентской практикѣ, т. наз., adjournement по постановленію самихъ палатъ пріостановки сессіи въ техническомъ значеніи этого слова не представляетъ [2]). Въ другихъ—примѣромъ которыхъ могутъ служить Бельгія [3]) и Пруссія [4]), пріостановка сессіи хотя и существуетъ, но возможна лишь одинъ разъ и только въ теченіе опредѣленнаго времени; отступленія же отъ этихъ правилъ обусловливаются согласіемъ на то палатъ. Наконецъ, третья группа государствъ во главѣ съ Австріей [5]) знаетъ пріостановку сессіи въ неограниченномъ видѣ.

---

[1]) См. *Hatschek*, Englisches Staatsrecht, S. 354: «Das adjournement by king's pleasure» ist die Vertagung auf Wunsch des Königs im Gegensatz zu der nunmehr allein üblichen Vertagung durch die beiden Häuser selbst». S. 361: «Die früher übliche Vertagung durch königlichen Willen ist schon seit dem 17. Jahrhundert ausser Brauch gekommen. Aber im 19. Jahrhundert ist es sogar ausser Brauch gekommen, dass der König den *Wunsch* der Vertagung ausspricht». S. 334 «...ist das Adjournment selbst erst durch die moderne Rechtsentwicklung seit 1814 bloss als Sich—vertagen beider Häuser aus eigenem Antriebe (proprio motu) aufgefasst worden».

[2]) «Dieses Recht steht, insoweit es die volle Verfügungsfreiheit des Hauses über seine Arbeit und Arbeitszeit betrifft».. Redlich, Recht und Technik, S. 521. Въ отношеніи такого же права рейхстага Германской имперіи сравнительно съ Англіей см. Laband, Das Staatsrecht, S. 343: «Das Recht der Vertagung... steht ausschliesslich dem Kaiser zu. Nur im nicht technischen Sinne im Anshluss an die in England übliche Bezeichnung adjournment wird der Ausdruck «Vertagung» auch angewendet, wenn der Reichstag eine einzelne Sitzung vor völliger Erledigung der Tagesordnung abbricht oder die nächste Sitzung um einige Tage hinausschiebt».

[3]) Ст. 72 конст. 7 февр. 1831 г. Ср. Errera. Das Staatsrecht des Königreichs Belgien. S. 103.

[4]) Ст. 52 Конст. актъ Прусск. государства 31 янв. 1850 г. Ср. Rönne. Das Staatsrecht der Preüssischen Monarchie. S. 346.

[5]) § 19 Зак. 21 дек. 1867 г. Ср. Bernatzik. Die österreichischen Verfassungsgesetze, S. 407.

§ 12. Господствующее мнѣніе о наличности пріостановки сессіи по дѣйствующему праву сказалось и въ законодательныхъ палатахъ при обсужденіи вопроса о введеніи по 87 ст. Осн. Зак. Западнаго Земства въ спеціально для того объявленный трехдневный перерывъ занятій Думы и Совѣта. Принципіальная возможность пріостановки сессіи по ст. 99 Осн. Зак. ни въ комъ сомнѣній не вызываетъ [1]). Вопросъ этотъ большинствомъ ораторовъ даже не затрогивается. Немногіе же, касающіеся ст. 99, ограничиваются простымъ констатированіемъ полной закономѣрности ея примѣненія [2]).

Въ тѣхъ же рѣдкихъ случаяхъ, когда рѣчь заходитъ о доказательствахъ наличности по дѣйствующему праву пріостановки сессіи, они поражаютъ своимъ разнообразіемъ. Членъ Гос. Сов. Таганцевъ основываетъ пріостановку сессіи на словѣ «перерывъ» занятій въ теченіе года по ст. 99, противополагая его закрытію сессіи, вытекающему изъ первой половины той же статьи, говорящей объ опредѣленіи продолжительности ежегодныхъ занятій [3]). Членъ Гос. Совѣта Ковалевскій пріостановку сессіи выводитъ изъ усвоеннаго всюду въ Европѣ принципа, что глава государства монархическаго есть caput, principium et finis parliamenti [4]).

---

[1]) Впрочемъ, нѣкоторый намекъ на отрицаніе общепринятой точки зрѣнія можно видѣть въ словахъ депутата Милюкова: «практика ст. 87 перестала ограничиваться *закоиным*ъ *ежегодным*ъ *перерывом*ъ и... ее перенесли внутрь сессіи на рождественскіе вакаціи». Стен. отч. Гос. Думы, 1911 г., ч. III, стр. 751.

[2]) Членъ Гос. Совѣта кн. Трубецкой: «Преклоняясь предъ Высочайшею волею, признавшею за благо пріостановить на время занятія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы»... Стен. отч. Гос. Сов. 1910—11 г.г. сессія VI, стр. 1404. Членъ Думы Шидловскій 2: «Съ 12 марта на основаніи ст. 99 Зак. Осн. былъ объявленъ перерывъ въ дѣятельности государственныхъ учрежденій. Это... явленіе, само по себѣ, не подлежащее, съ моей точки зрѣнія, обсужденію нашему, ибо примѣненіе ст. 99 произведено совершенно правильно»... Стен. отч. Гос. Думы 1911 г., ч. III, стр. 737.

[3]) См. Стен. отч. Гос. Сов. 1910—11 г.г., сессія VI, стр. 1799.

[4]) «Предсѣдатель Совѣта Министровъ сталъ говорить о томъ, что мы, будто бы, возстаемъ противъ правъ Единаго Властителя Русской Державы—его права во всякое время роспустить Государственную Думу и Государственный Совѣтъ. Мы,—я говорю въ частности о тѣхъ, кто, подобно мнѣ, занимается государственнымъ правомъ, доказали бы этимъ, что намъ неизвѣстны азы этой науки, потому что съ тѣхъ поръ, какъ существуютъ англійскіе государственные порядки, положенные въ основаніе представи-

Членъ Гос. Думы Мотовиловъ исходитъ изъ того, «что Державный Хозяинъ земли русской имѣетъ всегда не только право, но и святую, искони дарованную ему возможность временно пріостанавливать дѣятельность того учрежденія, которому жизнь онъ самъ далъ...» [1]) Членъ Гос. Думы Марковъ 2-й правильность произведенной пріостановки сессіи выводитъ изъ неограниченнаго права досрочнаго роспуска палатъ по 105 ст. Осн. Зак. [2]).

Въ заключеніе обзора господствующаго теченія, признающаго наличность пріостановки сессіи по дѣйствующему праву, кажется, съ полнымъ основаніемъ можно сказать, что въ основѣ его лежитъ одна характерная особенность, присущая всѣмъ многочисленнымъ его развѣтвленіямъ. Всѣ они исходятъ изъ типическаго понятія сессіи конституціоннаго права, сессіи созываемой, закрываемой и пріостанавливаемой и примѣнительно къ этому понятію весьма различно, вплоть до полной противоположности, толкуютъ соотвѣтствующія статьи дѣйствующаго законодательства. Если это понятіе по

тельнаго строя вездѣ въ Европѣ, существуетъ и тотъ принципъ, что глава государства монархическаго есть caput, principium et finis parlamenti, т. е.—глава, начало и конецъ парламента. Это такая неоспоримая истина, противъ которой, разумѣется, никто изъ лицъ участвовавшихъ въ представленіи запроса. ни говорилъ ни слова. Мы рѣшительно ничего не говорили, не будемъ говорить и не можемъ говорить противъ неотъемлемаго права Главы монархическаго Государства роспускать сессіи Государственной Думы и Государственнаго Совѣта. Нашъ запросъ касался совершенно другого. Нашъ запросъ касался вопроса о томъ, являлась ли необходимость въ обращеніи, наканунѣ новаго созыва Государственной Думы и Государственнаго Совѣта, члены которыхъ не успѣли разъѣхаться, къ тому чрезвычайному средству, какое даетъ ст. 87»... Стен. отч. Гос. Сов. 1910—11 г.г., сессія VI, стр. 1823—1824.

[1]) Стен. отч. Гос. Думы 1911 г., ч. III, стр. 729.

[2]) «Въ ст. 98 Зак. Осн. сказано: «Государственный Совѣтъ и Государственная Дума ежегодно собираются указами Государя Императора», а ст. 99 говоритъ, что продолжительность этихъ занятій и сроки перерывовъ тоже указываются Государемъ Императоромъ. Ст. 105 свидѣтельствуетъ, что въ томъ указѣ, въ которомъ можно до срока роспустить Думу, назначаются новыя выборы и время созыва. Вотъ на точномъ основаніи этихъ Основныхъ Законовъ несомнѣнно было бы возможно ежегодно собирать Государственную Думу на одинъ часъ и черезъ часъ распускать. Вотъ неумолимые приверженцы буквы закона ротъ разинутъ, когда съ ними поступятъ такъ, а это будетъ законно: нигдѣ не воспрещается собирать именно ежегодно, но на какое время это угодно знать Государю Императору. Представте себѣ, что Васъ будутъ собирать на одинъ часъ, а черезъ часъ роспускать, и такъ будетъ продолжаться, примѣрно 100 лѣтъ».. Стен. отч. Гос. Думы 1911 г., ч. III, стр. 798.

прежнему останется господствующимъ и сложившаяся въ томъ же направленіи практика сохранится и на будущее время, то получится очень яркій и поучительный примѣръ того, какъ принципы, такъ называемаго «общаго конституціоннаго права» заимствуются отдѣльными государствами въ качествѣ дѣйствующаго права, помимо и даже вопреки волѣ законодателя.

IV.

§ 13. Дѣйствующая практика также усвоила множественность перерывовъ въ теченіе годовой сессіи, квалифицируя одинъ изъ нихъ, какъ закрытіе, а остальные—какъ пріостановку сессіи. Впервые пріостановка была объявлена въ сессію 1908—1909 г.г. Она была пріурочена къ рождественскимъ праздникамъ, на которые въ предшествующую сессію, какъ и на пасхальные праздники, засѣданія Думы пріостанавливались по собственному ея постановленію. Произведена она была съ цѣлью примѣненія ст. 87 Осн. Зак. [1]). Съ того времени вошло въ обычай, что пріостановка бываетъ или для предоставленія палатамъ каникулъ на рождественскіе и пасхальные праздники, или для примѣненія ст. 87 Осн. Зак., какъ это было, напр., съ пріостановкой на три дня для проведенія въ жизнь только что отвергнутаго Гос. Совѣтомъ законопроекта о Западномъ Земствѣ.

Множественность перерывовъ порождаетъ вопросъ о томъ, какой изъ перерывовъ является закрытіемъ сессіи и какіе—только пріостановкой ея. Особенное затрудненіе при этомъ создается тождествомъ редакціи Высочайшихъ указовъ, опредѣляющихъ перерывы, такъ какъ всѣ они одинаково ссылаются на ст. 99 Осн. Зак. и также одинаково предписываютъ прервать занятія въ опредѣленный срокъ съ назначеніемъ срока ихъ возобновленія [2]). Въ виду того, что сами указы не даютъ

---

[1]) См. рѣчь предсѣдателя Совѣта Министровъ Столыпина. Стен. отч. Гос. Сов. 1910—1911 г.г., сессія VI, стр. 1787.

[2]) Редакція этихъ указовъ обычно такова: «На основаніи ст. 99 Осн. Гос. Законовъ повелѣваемъ: занятія Гос Совѣта (Гос. Думы) прервать (число) сего (мѣсяцъ), назначивъ срокомъ ихъ возобновленія (число, мѣсяцъ, годъ)».

оснований для различія объявляемыхъ ими перерывовъ приходится искать ихъ внѣ указовъ. Это обстоятельство дало поводъ для упрековъ по адресу практики въ неправильномъ редактированіи самыхъ указовъ о перерывахъ. Если бы въ дѣйствительности все сводилось лишь къ неумѣлой редакціи, то разрѣшеніе вопроса не заключало бы въ себѣ всѣхъ тѣхъ трудностей, которыя оно имѣетъ въ настоящее время. Стоило бы только измѣнить редакцію указовъ съ яснымъ обозначеніемъ характера объявляемаго перерыва—закрытія или пріостановки сессіи, какъ всѣ затрудненія и сомнѣнія исчезли бы окончательно. Естественность и простота такого выхода представлялась бы тѣмъ большею, что въ устраненіи недоразумѣній, связанныхъ съ настоящимъ положеніемъ дѣла, въ одинаковой степени заинтересованы всѣ безъ различія, какъ инстанціи призванныя къ редактированію указовъ, такъ и всѣ, кому такъ или иначе приходится соприкасаться съ этими указами.

Однако, вопросъ о редакціи указовъ не можетъ быть сведенъ къ одному искусству и доброй волѣ редакторовъ указовъ, такъ какъ онъ касается того или иного пониманія смысла ст. 99 Осн. Зак. и, потому, стоитъ въ зависимости отъ самого закона. Въ данной редакціи указовъ и въ связанныхъ съ ней затрудненіяхъ больше, чѣмъ гдѣ либо сказывается общепринятое толкованіе ст. 99 Осн. Зак. и основанная на немъ неправильность признаній пріостановки сессіи.

Интересна исторія настоящей редакціи указовъ, издаваемыхъ на основаніи ст. 99 Осн. Зак.

Впервые такіе указы начали издаваться въ отношеніи Гос. Совѣта. Послѣдній, вмѣстѣ съ первой Гос. Думой, былъ созванъ 27 апрѣля 1906 г. Вслѣдъ за роспускомъ послѣдней 8 іюля 1906 г. по ст. 105 Осн. Зак. занятія Гос. Сов, на основаніи ст. 99 Осн. Зак., были *пріостановлены* съ назначеніемъ срока ихъ возобновленія 20 февраля 1907 г. одновременно съ созывомъ второй Гос. Думы.

Съ роспускомъ второй Гос. Думы по ст. 105 Осн. Зак. 3 іюня 1907 г. занятія Гос. Сов. опять были пріостановлены на основаніи ст. 99 Осн. Зак. съ на-

значеніемъ срока возобновленія ихъ занятій одновременно съ созывомъ Думы 1 ноября 1907 г. Въ обоихъ случаяхъ редакція указовъ о пріостановкѣ и возобновленіи занятій Гос. Сов. была тождественна: «Именной Высочайшій указъ Правительствующему Сенату. 10 іюля 1906 г (3 іюня 1907 г.). О пріостановленіи занятій Гос. Сов, и о времени ихъ возобновленія (о пріостановленіи занятій Гос. Сов. до 1 ноября 1907 г.). На основаніи статьи 99 Свода Основныхъ Государственныхъ Законовъ, изданія 1906 года, повелѣваемъ: занятія Гос. Сов. пріостановить, а временемъ ихъ возобновленія назначить 20 февраля 1907 года (1 ноября сего 1967 года») [1]).

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что въ обоихъ приведенныхъ случаяхъ имѣло мѣсто закрытіе сессіи Гос. Совѣта. Поэтому, между прочимъ, въ общемъ счетѣ сессій, занятія его со времени 27 апрѣля 1906 г. до пріостановки ихъ 10 іюня 1906 года и со времени возобновленія ихъ 20 февраля 1907 г. до пріостановки ихъ 3 іюня 1907 г. составляютъ первую и вторую сессіи. Между тѣмъ въ обоихъ случаяхъ издаются указы «*о пріостановленіи* занятій Гос. Совѣта» и въ самыхъ указахъ постановляется: «занятія Гос. Совѣта *пріостановить*, а временемъ ихъ возобновленія назначить...» опредѣленный срокъ. Другими словами о закрытіи сессіи говорится какъ о *пріостановкѣ* и вмѣстѣ съ тѣмъ назначается срокъ возобновленія занятій Совѣта—опять таки какъ обычно бываетъ при пріостановкѣ сессіи, а не закрытіи ея. При такомъ положеніи дѣла вполнѣ, кажется, дозволительно сдѣлать выводъ, что при редактированіи и изданіи этихъ указовъ не было и мысли о различіи пріостановки и закрытія сессіи. Очевидно, это дѣлалось по мысли ст. 99, говорящей о *срокахъ* перерыва, т. е. о перерывѣ на опредѣленный періодъ времени, опредѣляющемъ одновременно конецъ и начало занятій Гос. Совѣта

---

[1]) См. Собр. узак. отъ 10 іюля 1906 г., № 171, стр. 1035. Тамъ же, отъ 3 іюня 1907 г., № 95, стр. 846.

Въ дальнѣйшемъ это предположеніе находитъ себѣ полное подтвержденіе. Послѣдующіе указы о закрытіи сессіи, какъ Гос. Совѣта, такъ и Гос. Думы уже прямо слѣдуютъ буквѣ ст. 99, устанавливая именно «сроки перерыва». Третья сессія Гос. Совѣта, длившаяся съ 1 ноября 1907 г. по 5 іюля 1908 года, была закрыта указомъ отъ 4 іюля 1908 г. «*о перерывѣ* въ занятіяхъ Гос. Совѣта и о назначеніи срокомъ возобновленія ихъ 15 октября 1908 г.»: «На основаніи ст. 99 Осн. Гос. Законовъ повелѣваемъ: занятія Гос. Совѣта *прервать* 5 іюля, назначивъ срокомъ ихъ возобновленія 15 окт. сего 1908 года» [1]). Нѣсколькими днями раньше была закрыта первая сессія третьей Гос. Думы указомъ отъ 28 іюня 1908 г. «*о перерывѣ* въ занятіяхъ Гос. Думы и о назначеніи срокомъ возобновленія ихъ 15 октября 1908 года». «На основаніи ст. 99 Осн. Гос. Законовъ повелѣваемъ: занятія Гос. Думы *прервать*, назначивъ срокомъ ихъ возобновленія 15 октября 1908 г.» [2]). Впослѣдствіи всѣ Высочайшіе указы о закрытіи сессіи, какъ Гос. Совѣта, такъ и Гос. Думы издаются въ этой послѣдней редакціи.

Не трудно установить тотъ фактъ, что «перерывъ» и «прервать» Высочайшаго указа отъ 4 іюля 1908 г. о закрытіи третьей сессіи Гос. Совѣта однозначущи съ выраженіями Высочайшихъ указовъ отъ 10 іюля 1906 г. и отъ 3 іюня 1907 г., о закрытіи первой и второй сессіи Гос. Совѣта—«пріостановка» и «пріостановить». Тоже самое нужно сказать и о редакціи указа отъ 28 іюня 1908 г. о закрытіи первой сессіи третьей Гос. Думы, и о редакціи всѣхъ послѣдующихъ указовъ о закрытіи сессіи какъ Гос. Совѣта, такъ и Гос. Думы [3]).

Кромѣ того, интереснымъ представляется то обстоятельство, что до четвертой сессіи Гос. Совѣта и до второй сессіи Гос. Думы третьяго созыва правило ст. 99 объ опредѣленіи «сроковъ перерыва» примѣнялось только

---

[1]) Собр. узак. отъ 7 іюля 1908 г., № 96, стр. 676.
[2]) Собр. узак. отъ 28 іюня 1908 г., № 94, стр. 644.
[3]) Редакцію указовъ, сложившуюся въ окончательной формѣ, нужно признать болѣ соотвѣтствующей буквѣ закона сравнительно съ редакціей ихъ при закрытіи первыхъ двухъ сессій Гос. Сов.

для закрытія ихъ сессій и, начиная лишь съ этого времени, появляются перерывы, въ качествѣ пріостановки сессіи. Таковыми они признаются и на практикѣ, и въ теоріи, не смотря на тождество редакціи указовъ, объявляющихъ эти перерывы, съ указами, опредѣляющими закрытіе сессіи.

Т. о. практика съ самаго начала истолковала «сроки перерыва» ст. 99, какъ окончаніе сессіи, т. е. закрытіе ея. И только въ послѣдствіи тѣ же «сроки перерыва» использованы были для объявленія пріостановки сессіи. Если бы послѣдняго не случилось, то редакція указовъ о «срокахъ перерыва», какъ закрытія сессіи, не могли бы возбудить никакихъ сомнѣній. Ее можно было бы признать лишь нѣсколько оригинальной сравнительно съ обычной терминологіей конституціоннаго права. Но эта оригинальность всецѣло покоилась бы на буквѣ закона. Поэтому, поскольку рѣчь идетъ о редакціи указовъ о перерывахъ въ занятіяхъ палатъ, какъ закрытіи сессіи, она должна быть признана безусловно правильной.

Иначе дѣло обстоитъ съ редакціей указовъ о перерывахъ, какъ пріостановкахъ сессіи. Съ точки зрѣнія того коренного различія, какое существуетъ между закрытіемъ сессіи и пріостановкой ея, примѣненіе къ послѣдней редакціи указовъ, приспособленной спеціально для первой, очевидно, совершенно не допустимо, т. к. оно грозитъ большой путаницей не только въ юридической терминологіи, но и въ области практики [1]). Отсюда, редакція указовъ о перерывѣ, какъ пріостановкѣ сессіи, глубоко неправильна. Но, спрашивается, какъ могла поступить практика иначе, когда она впервые создавала пріостановку сессіи? Конечно, можно было бы прямо сказать, что объявляется пріостановка сессіи, или— чтобы избѣжать выраженія «пріостановить», употребляв-

---

1) Любопытный примѣръ затрудненія представляетъ случай изъ практики Гос. Сов., когда за время перерыва на рождественскіе каникулы 1909—10 г.г. гос. канцелярія удержала суточное довольствіе членамъ Совѣта по выборамъ, мотивируя тѣмъ, что перерывъ былъ объявленъ Высочайшимъ указомъ и потому является закрытіемъ сессіи. См. *Я. М. Магазинеръ*, назв. соч., стр. 70, прим. 1; *В. М. Гессенъ*, назв. соч., Право 1911, стр. 1017 сл.

шагося раньше для обозначенія закрытія сессіи—*отсрочка* сессіи, и тогда была бы устранена теперешняя путаница. Но вѣдь и въ такой редакціи указъ могъ быть изданъ только на основаніи 99 ст. Осн. Зак. и тогда возникъ бы вопросъ: въ какихъ собственно словахъ закона указъ этотъ предусматривается? Единственное основаніе его можно было бы усмотрѣть въ тѣхъ же «срокахъ перерыва». Поэтому для редакціи указовъ о пріостановкѣ сессіи, поскольку она принципіально была признана возможной, не оставалось иного выбора, какъ буквально позаимствовать ее изъ указовъ о закрытіи сессіи. Эта неизбѣжность тождества редакціи указовъ болѣе всего подчеркиваетъ единство ихъ источника. Формула «сроки перерыва» ст. 99, не смотря на все ея несоотвѣтствіе съ закрытіемъ сессіи, призвана была означать только это и ничто другое. На этой точкѣ зрѣнія первоначальная практика и стояла. Но исключительно логическое истолкованіе этой формулы въ соединеніи съ представленіемъ о конституціонномъ понятіи сессіи, не только закрываемой, но и пріостанавливаемой, привело къ обоснованію на ней же и пріостановки сессіи.

Такимъ образомъ, неправильность редакціи указовъ объ отсрочкѣ сессіи есть результатъ болѣе глубокой неправильности—допущенія самой пріостановки сессіи, неизвѣстной закону. Отъ этого, конечно, самая редакція не выигрываетъ въ правильности, но она отодвигается на второй планъ, тогда какъ въ литературѣ ей приписывается самостоятельное и даже исключительное значеніе [1]).

---

[1]) Неправильность редакціи указовъ признаютъ г.г. *Яшунскій*, назв. соч., Право 1909, стр. 1373 сл.; *бар. Нольде*, назв. соч., Право 1911, стр. 1723 и *Гэренбергъ*, назв. соч., Право 1911, стр. 2299. Первые двое неправильность видятъ только въ тождествѣ редакціи всѣхъ указовъ о перерывахъ, а послѣдній, вполнѣ присоединяясь къ этому, видитъ неправильность, прежде всего, въ редакціи указовъ о перерывахъ, закрывающихъ сессію. Вполнѣ правильной редакцію указовъ признаетъ *В. М. Гессенъ*. Онъ думаетъ, что «практика не можетъ проводить различія тамъ, гдѣ оно не проводится Основными Законами, всякій указъ о перерывѣ занятій долженъ ссылаться на ст. 99 Осн. Зак., а въ этой статьѣ говорится о перерывѣ занятій вообще». Назв. соч., Право 1911, стр. 1013, прим. 1. Но это противорѣчитъ собственному его толкованію ст.ст. 98 и 99 Осн. Зак. Въ нихъ, по его мнѣнію, предусматриваются «*тройкаго* рода указы Вер-

Признаніе принципіальной неправильности множественности перерывовъ не устраняетъ, однако, практической необходимости найти различіе между отдѣльными перерывами, имѣющими мѣсто въ теченіе одной и той же сессіи. До настоящаго времени законодательная сессія обычно начинается осенью одного года и кончается къ лѣту другого года [1]). Если принять во вниманіе, что закрыть сессію можно не ранѣе 1 мая, то естественно, что *всѣ* перерывы до этого времени должны быть признаны только пріостановкой сессіи, а не закрытіемъ ея. Въ качествѣ же послѣдняго будетъ перерывъ, конечный срокъ котораго открываетъ сессію слѣдующаго года. Такихъ перерывовъ можетъ быть, однако, и не одинъ при экстренной сесіи, которая возможна только въ промежутокъ между двумя годовыми сессіями. Экстренныхъ сессій практика до сихъ поръ не знала, благодаря чему всегда имѣлъ мѣсто только одинъ перерывъ, какъ закрытіе сессіи. Практику, считающую въ качествѣ такового перерывъ на лѣтнія вакаціи, а остальные перерывы признающую пріостановкой сессіи, нужно признать правильной [2]).

По связи съ признаніемъ практики не соотвѣтствующей нашему праву, на ряду съ констатированіемъ

ховной власти: во 1-хъ, указы, опредѣляющіе начало ежегодныхъ занятій Совѣта и Думы; во 2-хъ, указы, опредѣляющіе продолжительность,—т. е., кромѣ начала и конецъ ежегодныхъ занятій, и, въ 3-хъ, указы, опредѣляющіе сроки перерыва ихъ занятій въ теченіе года». Назв. соч., Право 1911, стр. 1014. Противорѣчіе это не устранялось замѣчаніемъ автора о томъ, что въ законѣ не приводится *формальнаго* различія между указами о концѣ ежегодныхъ занятій и указами о перерыва въ теченіе года. Если ст. 99, какъ думаетъ авторъ, отдѣльно предусматриваетъ эти два различныхъ вида указовъ, то, очевидно, она различаетъ ихъ формально и дѣло нисколько не мѣняется отъ того, что для указовъ объ окончаніи занятій не предусматривается никакого названія. Что же касается различія ихъ по существу, то оно признается и авторомъ. Стр. 1015, тамъ же.

[1]) Въ отношеніи Гос. Думы см. Обзоръ дѣятельности Государственной Думы третьяго созыва 1907—1912 г.г. Составл. канцеляріей Гос. Думы. Часть первая, Спб. 1912, стр. 5; «на практикѣ установилось, что сессіею считается періодъ времени ежегодныхъ занятій Гос. Думы отъ начала ея занятій осенью и до ихъ перерыва въ силу Высочайшаго указа на лѣтнее вакаціонное время». То же самое приходится сказать и относительно сессіи Гос. Совѣта. Не смотря на нѣкоторую разницу во времени начала и окончанія его ежегодныхъ занятій сравнительно съ занятіями Гос. Думы, ежегодныя сессіи его также начинаются осенью и кончаются лѣтомъ.

[2]) Ср. *В. М. Гессенъ.* назв. соч., Право 1911, стр. 1013, 1016—1018; *Н. И. Лазаревскій,* Русское госуд. право, 1913, стр. 534.

прочности ея и всеобщаго признанія ея легальности, возникаетъ интересный и большой теоретической важности вопросъ о соотношеніи писаннаго закона и практики. Извѣстно, что практика не только заполняетъ пробѣлы въ писанномъ правѣ, но и видоизмѣняетъ его, приспособляя его къ текущей дѣйствительности, благодаря чему создаются, такъ называемыя «конституціонныя соглашенія». Въ результатѣ правомѣрнымъ должно быть признано не то, что соотвѣтствуетъ буквѣ и видамъ законодателя, но то, что соотвѣтствуетъ позднѣйшимъ правовымъ наслоеніямъ, созданнымъ практикою. Живымъ примѣромъ правотворческаго характера практики является вся многовѣковая конституціонная жизнь Англіи. Весьма возможно, что съ этой точки зрѣнія создавшаяся практика является вполнѣ закономѣрною и вполнѣ соотвѣтствующей естественному развитію дѣйствующаго права и государственной жизни. Тѣмъ не менѣе, нужно имѣть въ виду, что подобная оцѣнка возможна будетъ только съ теченіемъ болѣе продолжительнаго времени, когда практика сложится окончательно, когда она вслѣдствіе этого получитъ собственную доказательную силу независимо отъ того, правильно или неправильно ссылается она на законъ, или даже вообще ссылается она на него или нѣтъ. Въ такомъ случаѣ правомѣрность ея будетъ несомнѣнна даже при полномъ противорѣчіи съ писаннымъ закономъ, образуя закономѣрность, такъ сказать, высшаго порядка. Главной матеріальной опорой такого правотворчества практики является соотвѣтствіе ея соціально-политическимъ условіямъ государственной жизни. Въ настоящее же время едва ли возможно признать нашу практику 1) окончательно сложившеюся, 2) получившею свою собственную закономѣрность независимо отъ писаннаго права. Это съ одной стороны. Съ другой—въ дѣйствующей практикѣ есть одна существенная особенность, которая дѣлаетъ невозможнымъ примѣненіе къ ней изложенной точки зрѣнія. Дѣло въ томъ, что практика эта отправляется отъ писаннаго закона, какъ результатъ стремленія къ правильному его истолкованію. Въ такомъ именно видѣ она впервые создается и проводится въ

послѣдствіи на дѣлѣ правительствомъ, въ такомъ же видѣ она воспринимается и теоріей, и законодательными палатами, и обществомъ. Другими словами: она существуетъ только благодаря своей закономѣрности, закономѣрность же ея покоится на всеобщемъ признаніи полнаго соотвѣтствія ея съ писаннымъ правомъ. Значитъ, она сама есть только одно изъ возможныхъ толкованій закона. Поэтому признаніе неправильности этого толкованія закона необходимо должно вести къ признанію незакономѣрности и самой практики [1]).

V.

§ 14. Вопросъ о наличности пріостановки сессіи по нашему праву имѣетъ близкое отношеніе къ опредѣленію времени, въ теченіе котораго возможно примѣненіе ст. 87 Осн. Зак. Выраженіе послѣдней «во время прекращенія занятій Гос. Думы», въ виду его неопредѣленности, было истолковано практикой въ смыслѣ всякаго отсутствія занятій Думы, т. е. какъ въ силу закрытія сессіи, такъ и пріостановки ея. Въ литературѣ мнѣнія раздѣлились. Одни—бар. Нольде [2]), В. М. Гессенъ [3]) и П. Е. Казанскій [4]) высказываются за примѣненіе ст. 87 и во время пріостановки сессіи. Другіе—Н. И. Лазаревскій [5]), Chasles [6]), Я. М. Магазинеръ [7]), М. Б. Горенбергъ [8]) и Н. И. Паліенко [9])—наоборотъ думаютъ, что примѣненіе ея возможно только при закрытіи сессіи.

Если признать доказаннымъ, что писанное наше право вовсе не знаетъ пріостановки сессіи и что она

---

[1]) Интересное замѣчаніе дѣлаетъ Л. А. Шалландъ, Иммунитетъ, т. II стр. 398: «Практика несомнѣнно создалась praeter legem и, какъ таковая, можетъ оказаться подвергнутой случайнымъ колебаніямъ.

[2]) Очерки, стр. 39.

[3]) Назв. соч., Право 1911, стр. 1056.

[4]) Власть всероссійскаго Императора. Одесса, 1913, стр. 399 сл.

[5]) Лекціи, стр. 179.

[6]) Le parlement russe. p. 171. Хотя въ болѣе поздней своей работѣ авторъ, повидимому, измѣнилъ свой взглядъ. См. La crise constitutionnelle de mars 1191 et les oukases extraordinaires en Russie, Paris, 1912, p.p. 9—10.

[7]) Назв. соч., стр. 69 сл.

[8]) Назв. соч., Право 1911, стр. 2355.

[9]) Основные Законы и форма правленія въ Россіи, стр. 57.

не имѣлась даже въ виду при выработкѣ дѣйствующаго законодательства, то необходимо будетъ сдѣлать выводъ, что и ст. 87 — какимъ бы широкимъ ни было употребленное ею выраженіе «во время прекращенія занятій» — пріостановки сессіи не разумѣетъ. Поэтому, если послѣдующая практика и создала институтъ пріостановки, то хотя бы онъ и подходилъ вполнѣ подъ терминологію ст. 87, все же эта послѣдняя, какъ законъ исключительный и, потому, распространительному толкованію не подлежащій [1]), не можетъ быть примѣняема во время пріостановки сессіи.

Есть, однако, основанія утверждать, что самое выраженіе «во время прекращенія занятій» употреблено законодателемъ для обозначенія именно прекращенія сессіи и что потому оно является своего рода техническимъ терминомъ. Основанія эти слѣдующія:

1. Впервые это выраженіе, какъ и вся ст. 87, появилось въ нашемъ правѣ въ манифестѣ 20 февраля 1906 г. и, очевидно, имѣло въ виду выразить тѣ представленія, изъ круга которыхъ исходилъ законодатель при установленіи имъ въ томъ же манифестѣ формъ опредѣленія времени занятій законодательныхъ палатъ. Непосредственно за изложеніемъ будущей ст. 87 Осн. Зак. въ манифестѣ говорится: «Предстоящую совмѣстную сихъ высшихъ государственныхъ установленій дѣятельность Мы устанавливаемъ на слѣдующихъ главныхъ основаніяхъ: Государственный Совѣтъ и Государственная Дума ежегодно созываются и распускаются указами Нашими». Изъ этого правила можно сдѣлать только одинъ выводъ, что оно устанавливаетъ начало *ежегодности* законодательной сессіи, отсутствіе которой обусловливается *роспускомъ* самихъ палатъ. Что подъ роспускомъ здѣсь разумѣется окончаніе сессіи, т. е. закрытіе ея, едвали подлежитъ сомнѣнію. Вмѣстѣ съ тѣмъ несомнѣнно и то, что въ этомъ правилѣ, опредѣляющемъ *предстоящую дѣятельность палатъ*, нѣтъ и намека на

---

[1]) Объ этомъ свойствѣ ст. 87 см. прекрасныя указанія члена Гос. Сов. Таганцева—ст. отч. Гос. Сов. 1910—11 г.г., сессія VI, стр. 1797 сл.

возможность пріостановки сессіи [1]), т. е. отсутствія дѣятельности палатъ между началомъ и концомъ сессіи. А если это такъ, то съ полнымъ правомъ можно утверждать, что законодатель, говоря нѣсколькими строками выше о времени «прекращенія занятій Думы», разумѣлъ ничто иное, какъ именно *закрытіе* сессіи Думы, обусловленное роспускомъ послѣдней. Выше, при изложеніи процесса позаимствованія нашимъ правомъ новыхъ — конституціонныхъ — формъ опредѣленія сессіи палатъ, было отмѣчено, что, съ усвоеніемъ новаго, неизвѣстнаго законосовѣщательнымъ учрежденіямъ начала, ежегоднаго роспуска палатъ, объ окончаніи ежегодной ихъ дѣятельности совершенно правильно говорится не какъ о простомъ перерывѣ занятій, а какъ о полномъ «прекращеніи» ихъ.

2. Въ отношеніи ст. 87 считается установленнымъ, что она составлена по образцу § 14 австрійскаго зак. 1867 г., если не списана съ него буквально [2]). Поэтому и при рѣшеніи разсматриваемаго здѣсь вопроса значительное вниманіе удѣляютъ какъ толкованію [3]) этого параграфа, такъ и основанной на немъ чрезвычайно-указной практики [4]). Дѣлается это съ цѣлью установить правильное пониманіе ст. 87 Осн. Зак. О пользѣ такого пріема для всесторонняго уясненія дѣйствующаго у насъ чрезвычайно-указнаго права сомнѣнія, конечно, быть не можетъ. Тѣмъ не менѣе, нужно признать, что прямого отвѣта на вопросъ: что собственно законъ разумѣетъ подъ выраженіемъ «во время прекращенія занятій», пріемъ этотъ дать не можетъ, такъ какъ онъ упускаетъ изъ вниманія то, имѣющее въ данномъ случаѣ

---

1) Ср. М. Б. Горенбергъ, назв. соч., Право 1911, стр. 2355.

2) См., напр, бар. Б. Э. Нольде, Очерки, стр. 13; В. М. Гессенъ, назв. соч., Право 1911, стр. 1058; М. М. Ковалевскій, Общее конституціонное право, Спб., стр. 333.

3) Бар. Б. Э. Нольде исходитъ изъ подробнаго изученія § 14 и кладетъ его въ основаніе толкованія ст. 87. Очерки, стр. 14 сл. На выводы его ссылается В. М. Гессенъ, назв. соч., Право 1911, стр. 1058. Особенно много вниманія по настоящему вопросу удѣляетъ ему г. Горенбергъ, назв. соч., Право 1911, стр. 2358.

4) См. рѣчь предсѣдателя Сов. Министр. Столыпина. Стен. отч. Гос. Сов. 1910—11 г.г., стр. 1787. См. отвѣтную рѣчь члена Гос. Сов. Ковалевскаго—тамъ же, стр. 1827.

рѣшающее значеніе, обстоятельство, что именно хотѣли сказать даннымъ выраженіемъ авторы ст. 87, хотя бы они и исходили изъ опредѣленнаго образца. Къ тому же и самый этотъ образецъ—австрійскій § 14—какъ разъ по данному вопросу допускаетъ различныя его толкованія. § 14 дѣйствіе чрезвычайно-указнаго права соединяетъ съ временемъ, когда рейхсратъ «не въ сборѣ» («wo dieser nicht versammelt ist») [1]). Неясно, разумѣется ли здѣсь и закрытіе, и пріостановка сессіи или же одно только закрытіе сессіи. Замѣчательно, что сами г.г. Гессенъ и бар. Нольде, толкующіе теперь § 14 въ томъ смыслѣ, что онъ разумѣетъ и закрытіе и пріостановку сессіи [2]), не всегда были того же мнѣнія по данному вопросу. Раньше они сами понимали выраженіе «рейхсратъ не въ сборѣ», какъ «въ промежуткѣ *между сессіями*» [3]).

Бар. Б. Э. Нольде въ своей прекрасной работѣ «Статья 87 Основныхъ Законовъ» приводитъ такой варіантъ нынѣшней ст. 87, извлеченный имъ изъ одного изъ зачаточныхъ проектовъ Основныхъ Законовъ, составленныхъ въ государственной канцеляріи еще до манифеста 20 февраля. «Когда, гласитъ ст. 57 этого проекта, *въ перерывъ сессіи Гос. Совѣта* и Гос. Думы, чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая требуетъ обсужденія въ законодательномъ порядкѣ, Сов. Министровъ представляетъ о ней непосредственно Государю Императору. Мѣра эта не можетъ вносить измѣненій ни въ Основные Законы, ни въ учрежденія Гос. Совѣта либо Гос. Думы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ либо Думу. Дѣйствіе такой мѣры прекращается, если въ теченіе двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія *сессіи* Гос. Совѣта и Гос. Думы соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ

---

1) См. Bernatzik, Die österreichischen Verfassungsgesetze, S. 399.

2) В. М. Гессенъ въ такомъ толкованіи видитъ доказательство правильности его пониманія выраженія «во время прекращенія занятій Гос. Думы» ст. 87 въ смыслѣ и закрытія, и пріостановки сессіи. См. назв. соч., Право 1911, стр. 1058.

3) См. Сборникъ «Современныя Конституціи», т. I, перев. подъ ред. и съ вступ. очерками пр. доц. В. М. Гессена и доц. бар. Б. Э. Нольде, Спб. 1905 г. стр. 12.

не будетъ внесенъ *Сов. Министровъ* въ Думу и если, *затѣмъ*, Совѣтъ или Дума его не примутъ» [1]). Есть основаніе предполагать, что впервые будущая ст. 87 была выработана въ Совѣщаніи подъ предсѣдательствомъ графа Сольскаго, на каковое было возложено измѣненіе и пересмотръ учрежденій Совѣта и Думы для согласованія ихъ съ началами манифеста 17 октября 1905 г. Приведенный же варіантъ явился лишь простымъ воспроизведеніемъ предположеній Совѣщанія. Въ Совѣщаніи этомъ предполагалось, что «какъ Гос. Совѣтъ, такъ и Гос. Дума являются законодательными установленіями, занятія коихъ будутъ продолжаться по *сессіямъ*. Согласно этому они должны созываться и закрываться Высочайшими указами... Въ предвидѣніи же случаевъ, *когда въ перерывъ сессіи Гос. Совѣта* и Гос. Думы чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая потребовала бы обсужденія въ законодательномъ порядкѣ, на Сов. Министровъ возлагается представлять о ней Государю, съ тѣмъ, однако, чтобы мѣра эта не вносила измѣненій ни въ Основные Законы, ни въ учрежденія Гос. Совѣта либо Гос. Думы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ либо Думу. Вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ указать, что дѣйствіе подобной мѣры прекращается, разъ подлежащимъ министромъ не будетъ внесенъ въ Думу въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ по *возобновленіи сессіи* Гос. Совѣта и Гос. Думы соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ или онъ будетъ отвергнутъ Гос. Совѣтомъ либо Гос. Думою» [2]).

На основаніи приведенныхъ данныхъ съ полнымъ правомъ можно утверждать, что дѣйствіе чрезвычайноуказнаго права въ самый моментъ его возникновенія предполагалось имѣющимъ мѣсто въ «перерывѣ» сессіи, который и въ учрежденіи 6 авг., и въ новыхъ учрежденіяхъ законодательныхъ палатъ, выработанныхъ въ

---

1) Очерки, стр. 12.

2) В. Ш., Новѣйшія преобразованія русскаго государственнаго строя, Спб. 1906, стр. 534. Изданіе это проф. Н. О. Куплеваскій называетъ «полуофиціальнымъ». См. его Историческій очеркъ преобразованія государственнаго строя въ царствованіе Императора Николая II, Спб. 1912, стр. 3. Дѣйствительно сообщаемыя въ этой книгѣ матеріалы производятъ впечатлѣніе основанныхъ безусловно на подлинныхъ документахъ.

томъ же Совѣщаніи графа Сольскаго, означалъ только окончаніе годовой сессіи. Послѣдующее измѣненіе, внесенное манифестомъ 20 февраля, говорящаго, вмѣсто «*коіда въ перерывъ сессіи Гос. Совѣта и Гос. Думы*», «*во время прекращенія занятій Гос. Думы*», какъ подробно изложено было выше, отнюдь не коснулось времени дѣйствія ст. 87, такъ какъ и манифестъ 20 февраля имѣлъ въ виду только закрытіе сессіи.

3. Принятое нами толкованіе ст. 87 находитъ себѣ косвенное подтвержденіе въ сравненіи ея съ ст. 17 Правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ, которую г. Магазинеръ съ полнымъ правомъ называетъ *бюджетнымъ сколкомъ ст. 87*, видя въ ней *частное* чрезвычайно-указное право въ отличіе отъ *общаго* чрезвычайно-указнаго права ст. 87 [1]).

Ст. 17 предусматриваетъ возможность открытія подлежащихъ разсмотрѣнію въ законодательномъ порядкѣ кредитовъ на покрытіе неотложныхъ расходовъ *по постановленію Совѣта Министровъ*. «Въ случаѣ открытія кредитовъ *во время сессіи* представленія, оправдывающія неотложность упомянутыхъ ассигнованій, вносятся по возможности, *до окончанія сессіи*, а *во всѣхъ прочихъ случаяхъ—въ теченіе двухъ*, слѣдующихъ *за открытіемъ новой сессіи*, мѣсяцевъ». Такимъ образомъ, различаются два порядка открытія кредитовъ и соотвѣтственно этому устанавливается два различныхъ порядка внесенія въ Думу представленій, оправдывающихъ неотложность произведенныхъ ассигнованій. Первый порядокъ, не имѣющій ничего общаго съ порядкомъ ст. 87, состоитъ въ открытіи кредитовъ *во время сессіи* и требуетъ внесенія въ Думу соотвѣтствующихъ представленій, по возможности, *до окончанія сессіи*. Второй порядокъ, несомнѣнно аналогичный порядку ст. 87, имѣетъ въ виду открытіе кредитовъ *во всѣхъ прочихъ случаяхъ*, т. е. когда нѣтъ сессіи, слѣдовательно, когда сессія закрыта, и внесеніе въ Думу соотвѣтствующихъ пред-

---

[1]) Назв. соч., стр. 75.

ставленій *въ теченіе двухъ, слѣдующихъ за открытіемъ новой сессіи, мѣсяцевъ.*

Прежде чѣмъ приступить къ выводамъ относительно ст. 87, нужно предварительно рѣшить вопросъ: разумѣетъ ли ст. 17 пріостановку сессіи [1]). Отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ слѣдуетъ не только изъ установленнаго выше положенія, что наше право не знаетъ пріостановки, но и изъ самой ст. 17. Что при второмъ предусмотрѣнномъ ею порядкѣ открытія кредитовъ въ ней не разумѣется пріостановки, едвали нужно долго доказывать. Здѣсь рѣчь идетъ о времени, *когда нѣтъ сессіи* и, потому, подъ «прочими случаями» нужно разумѣть только закрытіе сессіи и ничто иное. Отсутствіе сессіи не обусловливается пріостановкой ея даже тамъ, гдѣ послѣдняя безусловно существуетъ, такъ какъ сама она является частью длящейся сессій. Кромѣ того, это явствуетъ и изъ предписанія вносить въ Думу представленія, оправдывающія неотложность проведенныхъ въ этомъ порядкѣ ассигнованій, въ теченіе двухъ мѣсяцевъ «*за открытіемъ новой сессіи*». Но пріостановки сессіи не разумѣется и при первомъ порядкѣ, т. е. «во время сессіи». Объясняется это тѣмъ, что во время пріостановки нѣтъ занятій палатъ. По нашему же праву *время сессіи* и *время занятій* палатъ выраженія равнозначущія. Выше было изложено, что въ Петергофскомъ Совѣщаніи при разсмотрѣніи ст. 4 учрежденія 6 авг. выраженію «занятія Думы» было отдано предпочтеніе передъ словомъ «сессія» только изъ за нежелательности употреблять въ законѣ иностранныя выраженія. Представленія о тождествѣ «занятій Думы» и «сессіи» сказалось и въ исторіи ст. 23 учр. 6 авг., гласившей, что члены Думы «*на время ея занятій* получаютъ суточное изъ казны довольствіе»... «Что за «время ея занятій» не предполагалось никакихъ перерывовъ, было подробно изложено выше. При переходѣ этой статьи въ дѣйствующее учрежденіе Думы въ ней было сказано, что членамъ Думы «*въ теченіе ея сессіи*

---

1) *Я. М. Магазинеръ* думаетъ, что выраженіе «во время сессіи» покрываетъ и пріостановку сессіи. Назв. соч., стр. 75—76.

производится суточное изъ казны довольствіе...» Точно такъ же и соотвѣтствующая статья (28) Учр. Гос. Сов. 24 февраля 1906 г. постановляетъ, что членамъ Совѣта по выборамъ «*въ теченіе его сессіи* производится суточное изъ казны довольствіе...»

Теперь можно перейти къ аналогіи ст. 17 и ст. 87. Предположеніе, что первая въ соотвѣтствующей ея части была построена по образцу послѣдней, болѣе чѣмъ вѣроятно. За это говоритъ и незначительный промежутокъ времени между возникновеніемъ ихъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ, и бросающееся въ глаза ихъ сходство. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ рѣчь идетъ о проведеніи при участіи Совѣта Министровъ, мѣръ, требующихъ «обсужденія въ порядкѣ законодательномъ» [1]) и «въ порядкѣ, установленномъ для утвержденія росписи» [2]), т. е. въ «порядкѣ обсужденія подлежащихъ вѣдѣнію Совѣта и Думы законодательныхъ дѣлъ» [3]). И въ томъ, и въ другомъ случаѣ устанавливается одинъ и тотъ же срокъ для внесенія ихъ въ Думу—«*въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія занятій Думы*»—ст. 87, «*въ теченіе двухъ, слѣдующихъ за открытіемъ новой сессіи, мѣсяцевъ*»—ст 17. Естественно предположить, что въ словахъ и «возобновленіе занятій Думы» ст. 87, и въ словахъ «открытіе новой сессіи» ст. 17 законодатель разумѣетъ одно и тоже, т. е. *открытіе новой сессіи*. Если же *возобновленіе прекращенныхъ* занятій Думы ст. 87 есть *открытіе новой сессіи*, то и «*время прекращенія занятій* Гос. Думы» той же статьи есть ничто иное, какъ *закрытіе сессіи*».

---

1) Ст. 87 Осн. Зак.
2) Ст. 16 Правилъ о порядкѣ разсм. гос. росписи доходовъ и расходовъ.
3) Ст. 2 тѣхъ же правилъ.

Къ исторіи понятій взяточничества, лихоимства и вымогательства. („Crimen repetundarum“ и „Crimen barattariae“).

В. Н. Ширяева.

(Окончаніе).

II.

Обще-нѣмецкая судебная практика и доктрина должны были оказать большое вліяніе на наказуемость и выработку понятія взяточничество, такъ какъ положенія римскаго права (Dig. XLVIII, 11; Cod. IX, 27; Nov. 124 и др.), на которыя обще-нѣмецкое право въ этой области главнымъ образомъ опиралось, отчасти были мало примѣнимы къ новымъ условіямъ государственной жизни, отчасти были вообще недостаточны [1]). Практика не могла удовлетвориться этими опредѣленіями; въ виду этого судьи вынуждены были въ соотвѣтствующихъ случаяхъ рѣшать дѣла по собственному усмотрѣнію или на основаніи взглядовъ извѣстныхъ правовѣдовъ. Такимъ путемъ на основѣ положеній римскаго права была выработана система должностныхъ преступленій [2]).

Всѣ должностныя преступленія распадались на три крупныя группы: «Amtsmissbrauch», «Veruntreuung» и «Verletzte Rechtspflicht»; подъ понятіе «Amtsmissbrauch» подводилось злоупотребленіе властью въ собственномъ смыслѣ, вымогательство, угнетеніе невиннаго и взяточничество [3]).

Понятіе взяточничества не совпадало вполнѣ съ понятіемъ crimen repetund., такъ какъ послѣднее было

---

[1]) Feuerbach, Lehrbuch, стр. 196; Haelschner, HB. II/2, стр. 1014.

[2]) См. Feuerbach, Ueber die Bestechung der Staatsbeamten, рус. пер. въ Жур. гражд. и угол. права, 1884 г. кн. 14, стр. 74.

[3]) Meves. H. H. III/2, стр. 917. Срав. Temme, LB. § 237, стр. 384.

гораздо шире и обнимало вообще всякое неправомѣрное полученіе денегъ, а съ другой стороны—взяточничество и особ. лиходательство (подкупъ) подводились также подъ понятіе crim. falsi и карались на основаніи l. Julia de falsis.

Въ отличіе отъ римскаго обще-нѣмецкое право объединило эти понятія взяточничества и подкупа и это объединенное изъ двухъ преступныхъ дѣяній преступленіе опредѣляло то какъ видъ «crim repet.» то какъ «crim. corruptionis», то какъ «crimen barattariae» [1]). Объединеніе взяточничества и подкупа видно изъ опредѣленій, даваемыхъ этимъ преступленіямъ доктриною; такъ напр. Bochmer опредѣляетъ crim. barattariae слѣдующимъ образомъ: Crim. repet. seu barattariae, quod committunt ii, qui in munere publico constituti, ob iudicandum decernendumve pecuniam accipiunt, quo magis, vel minus officio suo satisfaciant. (l. 1. 4. 5 ad l. Jul. repet.). Immo non accipientes solum, verum dantes quoque eius criminis rei sunt. l. f. C. ad. l. Jul. repet. [2]). Слѣдуетъ обратить также вниманіе на связь взяточничества съ вымогательствомъ [3]).

---

1) Feuerbach, LB. § 479. b.

2) См. *Boehmer*, Elementa jurisprudentiae criminalis, 1757 г. § CCCXLVII. *Koch* (Institut. juris criminal. Jenae, 1791): Qui in magistratu officioque publico quocumque constituti, muneribus se adigi patiuntur, quo magis vel minus officio suo satisfaciant, crim. repet. s. barattariae commitunt. Immo et dantes eius criminis rei habentur. (§ 633). *Kramer* (Versuch einer system. Darstellung d. peinl. Rechts, 1798): zu dem Begriffe der Amtsbestechung gehören Fälle, nämlich ein im Amte stehender, ein Beamte... thut für eine gegenwärtige oder künftige Belohnung 1, etwas an sich erlaubtes, auch für seine Person erlaubtes, das er aber ohne diesen Votheil vi officii gratis hätte thun mussen; 2. etwas, das den Pflichten seines Amtes zuwider ist. Die Amtsbestechung (crim. repet.) hat das besondere mit der Amtserschleichung gemein, dass beyde allezeit *zwei handelnde Subjekte erfordern; denn der Geber ist ebensowohl ein Verbrecher als der Nehmer*, ja es können Fälle vorkommen, wo die Imputation bey jenem grösser ist als bey diesem, obgleich der eingekehrte Fall in der Regel ist. Наконецъ у *Martin'a* находимъ опредѣленіе взяточничества «als des jenigen Staatsverbrechens, dessen *ein im offentlichen Dienste Angestellter*, durch Annahme unerlaubter Vortheile, welche, um ihn zu seiner Amtstätigkeit zu bestimmen, oder davon abzuhalten, gewährt oder auch nur versprochen wurden, sich eben so wohl schuldig macht, als *Derjenige*, welcher dergleichen in dieser Absicht *verspricht*, oder in der That *gewährt*. (Lehrbuch d. Deutschen gemeinem Criminalrechts, 1829 г. § 223).

3) Такъ по мнѣнію *Grollmanna'a*, das crim. repet. wird von jedem Staatsbeamtem begangen, welcher sich, *sey es mit oder ohne Erpressung*, irgend einen Vortheil, in Beziehung auf seine Amtsverbindlichkeit, gewähren oder versprechen lässt, auf welchen er nicht, nach der Organisation seines Amtes,

Наименованіе взяточничества «crim. barattariae» ведетъ свое происхожденіе отъ итальянскихъ юристовъ [1]), но относительно его этимологическаго значенія высказываются различныя предположенія: нѣкоторые производятъ это выраженіе отъ «baractum», что должно быть понимаемо въ смыслѣ: «permutatio pecuniae cum justitia», другіе отъ «barattamento» т. е. deceptio или dolus (Lyncker, Hirschfeld), или «barattare» т. е. sordide vivere, pecunia corrumpere, commutare iustitiam cum pecunia (Bechmann, Hilliger, Facilides, Lossius) [2]).

Ansprüche hat. § 361)—Grundsätze der Criminalrechtswisseuschaft, 1825 r.) Также *Dabelow* (Lehrbuch d. deut. gem. peinl. Rechts, Halle, 1807 r.): Crim repetund. seu barattariae besteht darin, dass öffentliche Beamte mit Hinsicht auf ihre Amtsverbindlichkeit rechtswidrig, *sey es mit oder ohne Erpressung*, irgend einen Vortheil annehunen oder sich auch nur versprechen (§ 279, I). *Hilliger* (De concussione, § LVIII) замѣчаетъ: «cognatum concussionis quoque est corruptio... Ambo itaque haec crimina non adeo natura distincta sunt, sed usu venire utrumque in Iudice ac officialibus conspicies. Si quidem, concussio his inest active, corruptio vero passive...» Ch. Wigeleb (De crimine repet. 1666 r.), различая существенный и случайный элементы въ формѣ прест. дѣянія, усматриваетъ первый «in acceptione pecuniae, ut accipiens officium suum magis minusve expediet», случайный же элементъ заключается въ томъ, что не затрагиваетъ сущности преступленія: «forma accidentalis est, quae repetundarum essentiam non attingit et potest adesse et abesse citra eius destructionem eaq; sit vel per violentiam, tumq; proprie dicitur concussio, vel per contractum quae vocatur corruptio» (II. 14, 24).

[1]) Таково мнѣніе большинства; нѣкоторые указываютъ на французское происхожденіе этого термина, напр., *Hirschfeld.* (De Barattaria, germ. von Bestechung der Richter, 1743 r.): «Et est vocabulum barattariae origine sua non latinum, sed vel Italicum vel gallicum, potest enim deduci vel ab Italico barattamento, quod idem est ac deceptio vel dolus, vel a gallico baratier sive barateur, quod idem ac deceptor seu impostor, atque talis dicitur barattarius, qui propter pecuniam vel aliud quid justitiam baractat, hoc est permutat».—*Facilides* (De crimine repetund. Vitembergae, 1801 r.): «Vocatur praeterea crimen Barattariae et iudex corruptus Barattarius, vel a voce Italica barattare i. e. sordide vivere, pecunia corrumpere, commutare iustitiam scilicet cum pecunia, vel a voce Gallica baretér seu barattér, quae ambae frandulentum designant commercium». Отсюда по его мнѣнію и двоякое наименованіе: то barattaria, то baratereria (стр. 3).—*Lassius* (De crimine barattariae sive repet. Vittembergae, 1729 r.): Dicitur etiam crimen Barattariae, quae vox sine dubio illi seculo, quo literae ad interitum vergebant barbariesque totum quasi obduxerat orbem eruditum, originem debet. Deducitur autem vel a verbo Italico barattare, quod Italis fallere significat, vel etiam a Gallico baratter vel bareter, quae ambo fraudulentum exprimunt commercium». Lyncker высказываетъ предположеніе о германскомъ происхожденіи этого термина: «Unde Italis barattamento, permutatio, Barattaria idem est ac deceptio vel dolus, et barattiere deceptor vel depostor. Speidel in Speculo Notabilium hac voce. quod vocabulum nonnulli a Germanico Verrätherey deducunt vide Part. Litig. Libr. I, cap. 12, n. 11 (Tractatio de barattaria, Jenae, 1684 r., cap. I, § 1).

[2]) См. *Aeg. Bossii* (Tractatus varii, 1574 r.): Quare vulgus appellet hoc crimen sul. hoc nomine baratriae, quae tam est... quam fit quoddam baratum

Взяточничество признавалось однимъ изъ наиболѣе тяжкихъ дѣяній, оно приравнивалось оскорбленію величества, симоніи, убійству и святотатству: «connumeratur hoc crimen, замѣчаетъ G. Decianus, inter magnas et capitales causas, licet etiam in minimo committatur, et aequiparatur crimini laesae Majestatis et Symoniae.... Item aequiparat hoc crimen assassinio... [1]). Munera enim excaecant oculas sapientum... mutant verba justorum, говоритъ тотъ же авторъ въ другомъ мѣстѣ (cap. XXIXV, n. 14). Вмѣстѣ съ тѣмъ это дѣяніе имѣло, повидимому, весьма широкое распространеніе; Facilides приводитъ жалобу неизвѣстнаго автора въ 1589 г.: «mit leeren Fäusten kann man jetzt in Rechtssachen nichts mehr ausrichten» [2]).

A. Leyser замѣчаетъ: «nec hodie infrequens esse id crimen, experientia docet quotidiana» [3]).

Дѣянію этому удѣлялось большое вниманіе и доктриной. Помимо разсмотрѣнія его въ общихъ сочиненіяхъ, оно послужило предметомъ спеціальной разработки въ нѣсколькихъ монографіяхъ, правда, не особенно значительныхъ по своему содержанію [4]).

---

pecuniae cum iustitia (Tit. de officialibus corruptis pecunia... n. 2). — *Bechmann* (De barattaria, Jenae 167[illegible] г.): Est itaque vocabulum barattaria vocabulum barbarum, teste Decian. in tract. crim. lib. 8, cap. 33, n. 9. Barattare olim idem fuit quod commutare, quasi quod justitia cum pecunia commutetur. Itali quoque et hodie isto vocabulo utuntur, et apud eos denotat venditionem rei alicuius jure atque LL. non permissum. Usis sunt hoc vocabulo Jcti superiorum seculorum, quando hoc crimen nominare voluerunt. Elegantius tamen... Repetundae vocatur. (Cap. 1, 2). *Hilliger* (De concussione, Lipsiae 1675 г.): Cognatum concussionis quoque est corruptio, quae et alius vocatu, barattaria, quod est vocab. italicum descedens à barattare, quod est commutare, quia Iudex hic munus suum cum muneribus commutat (§ LVIII).

[1]) См. T. Decianus—Tract. criminalis, 1591 г. lib. VIII, cap. XXXVI, n. 1, 2. Тоже повторяетъ Bechmann (De barattaria, Jenae 1672 г.): numeratur autem hoc crimen inter maximas et capitales causas (secund. Bald. in l. 4 § 2 quaest. 11, ff. de offic. procons.) quamvis etiam in minimo committatur iuxta.

[2]) Facilides—De crimine repet. § 1. У него же приведена злая эпиграмма на правосудіе, относящаяся, впрочемъ, къ болѣе позднему времени:

«Was hilft es der Gerechtigkeit,
Die Augen zu verbinden?
Umsonst ist da das Band;
Wollt ihr sie besser binden,
So bindet ihr die Hand».

[3]) См. Leyser.—Meditationes ad Pandectas, Spec. DCXV, XXVI.

[4]) Таковы работы: *Christ. Wigeleb*—De crimine repetundarum, Lipsiae 1663 г., *Ioh. Christophorus Wexius* — Dissertatio de repetundarum crimine

Матеріаломъ для этихъ работъ служило, по преимуществу, римское и затѣмъ каноническое право, такъ какъ болѣе старое законодательство германской имперіи совершенно не знало взяточничества.

Constitutio Criminalis Carolina упоминаетъ о должностныхъ лицахъ лишь въ трехъ случаяхъ: 1) при praevaricatio—о procurator'ѣ (art. 115), 2) при освобожденіи заключеннаго—о тюремномъ надзирателѣ (art. 180), и 3) о судьѣ въ (art. 205). Но эта статья, какъ замѣчаетъ Boehmer, не имѣетъ никакого отношенія ко взяточничеству [1]).

Изъ болѣе позднихъ имперскихъ законовъ о взяточничествѣ говоритъ «Kammer-Gerichts-Visitationsabschied» 1713 г., § 46, вызванный необходимостью усилить отвѣтственность за судебное взяточничество; своими постановленіями онъ восполняетъ отчасти пробѣлы, оставленные римскимъ правомъ, отчасти подтверждаетъ постановленія послѣдняго [2]).

Онъ содержалъ запретъ судьѣ принимать «einiges Geschenk oder Nutzen es sey vor oder nach ergangenem

---

1653 г., *Bechmann*—De barattaria, Jenae, 1672 г., *Ioh. Philippi Lynckeri*—Tractatio de barattaria, Jenae, 1684 г., *Carol. David. Lossius*—De crimine barattaria sive repetundarum. Vitembergae. 1729 г., *Ioh. Gerhardus Hirschfeld*—De barattaria, german. Von Bestechung der Richter. Wittembergae, 1743 г.; *C. H. Facilides*—De crimine repetundarum, Vitembergae, 1801 г.—О взяточничествѣ говоритъ также работа Ioh. Gottfried Hilliger—De concussione, Lipsiae, 1675 г. Ср. противоположное мнѣніе Анциферовъ въ предисловіи къ переводу ст. Фейербаха О подкупѣ; Жур. Гр. и Уг. пр., 1884 г., кн. VI, стр. 63.

1) C. C. C. art. 205: Item wir seind bericht, wie an etlichen enden missbraucht werde, dass die Richter vonn eynes jeden übelthätters wegen, so peinlich gestrafft wirdet, sondere belonung von dem ankläger begern und nemen, das gantz wider das ampt und wirde eynes Richters, auch das recht und alle billicheyt ist, wann eyn solcher Richter wo er von jedem stuck sein belonung het, mocht dem nachrichter derhalb wol zuvergleichen sein. Darumb wöllen wir, dass füro alle solche Richter keyn belonung von den Klägern fordern, oder nemen sollen. См. Boehmer, Meditationes ad C. C. C. art. 205 § 2: Multo minus ex hoc textu crim. repet. elici potest. — Также Lyncker, стр. 23; Engau—§ 545. Напротивъ Meister полагаетъ, что здѣсь имѣется въ виду взяточничество на томъ основаніи, что P. H. G. O. въ art. art. 17. 61. 70 73. 83. 204. 206. 219 опредѣленно устанавливаетъ сборы въ пользу судьи и проч. служащихъ, здѣсь же, въ art. 205, запрещается взимать всякое иное вознагражденіе, выходящее за границы сборовъ, о коихъ шли рѣчи въ предыдущихъ art. art., а взиманіе такого вознагражденія представляется проступкомъ, противорѣчащимъ праву, справедливости, долгу и достоинству судьи.

2) Martin, LB. § 221; Leyser—Spec. DCXIX, Carrol., Abegg, § 491.

Urtheile, unter was Schein oder Vorwand, directe oder undirecte». За нарушеніе этого запрета виновный подвергался штрафу въ пользу фиска въ размѣрѣ тройной цѣны полученнаго или двойной цѣны обѣщаннаго и кромѣ того лишался своей должности и чести.

Виновными въ подкупѣ могли быть, какъ сами тяжущіяся стороны, такъ и ихъ адвокаты, повѣренные и просители (Advocaten, Procuratoren и Sollicitanten), которые «durch so unredliche Wege die Justiz zu erkauffen, oder aber auch nur die Beförderung der an sich sonsten gerechten Sach suchen».

Наказаніемъ для адвокатовъ и повѣренныхъ было смѣщеніе съ должности (Amtsentsetzung) и лишеніе чести, безъ надежды на помилованіе, а для тяжущихся— уплата штрафа въ пользу казны въ двойномъ размѣрѣ данной мзды и «Poenae arbitriae».

Каралось не только оконченное взяточничество, но и покушеніе, каковымъ признавалось предложеніе мзды и недонесеніе судьей о сдѣланномъ предложеніи; судья подлежалъ въ этомъ случаѣ «poenae arbitriae», а предложившій мзду—уплатѣ штрафа въ двойномъ размѣрѣ предложенной мзды; если же предложеніе было сдѣлано черезъ адвоката или повѣреннаго, то послѣдніе должны были уплатить сумму предложенной мзды изъ своихъ средствъ и кромѣ того подвергались временной «suspensio»; въ болѣе тяжкихъ случаяхъ они могли быть подвергнуты и лишенію чести («mit Verlust der Ehren abgeschafft werden [1]).

Основные элементы взяточничества – лиходательства и связаннаго съ ними вымогательства сводились къ слѣдующему.

Въ основѣ опредѣленія круга возможныхъ виновниковъ взяточничества лежало положеніе римскаго права, въ силу коего таковымъ виновникомъ могъ быть тотъ, «qui in magistratu, potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio, munere ministeriove constitutus, ob ju-

---

1) Срав. Dorn, Versuch eines praktischen Kommentars über d. peiul. Recht, стр. 732.

dicandum decernendumve pecuniam accipit, quo magis aut minus quid ex officio suo faciat» [1]).

Нѣкоторые авторы, недовольствуясь этимъ общимъ опредѣленіемъ, даютъ болѣе или менѣе подробный перечень всѣмъ возможнымъ виновникамъ взяточничества, въ числѣ коихъ оказываются самыя разнообразныя категоріи [2]).

---

1) Подробный анализъ этого опредѣленія дѣлаетъ Facilides, указ. соч. стр. 4—6.

2) Такъ, напр., J. Chr. Wexius называетъ въ качествѣ возможныхъ виновниковъ: 1. Magistratus, подъ которымъ понимается «persona publica, quae est cum aliquo imperio, vel iurisdictione saltem propria»; они м. б. трехъ родовъ: urbani, provinciales, и municipales; 2. Legati... qui lecti publice, quarum opera consilioque uteretur peregre magistratus, quive nuncii senatus aut populi essent; 3. Duces; 4. Comites Judicum, qui comitabantur Proconsules, Praesides et Procurateres Caesaris in provincias euntes. 5. Iudices pedonei; 6. Caeteri in universum omnes, qui in aliquo officio, munere vel ministerio publico constituti sunt. Къ нимъ Wexius присоединяетъ также cohortales magistratuum, какъ то praefecti, scribae, medici, accensi, haruspices, praecones. Кромѣ того и нѣкоторыя частныя лица «ex accidenti tantum subjectium constituere videntur», какъ напр., arbitri и друг. (п. 23. 24. 28. 33. 34 и слѣд.). Наконецъ, «sunt et alii privatae conditionis, qui et ipsi huius criminis fieri possunt, ut 1. conscii et socii huius sceleris... 2. quilibet, qui ob uegotium faciendum vel non faciendum, pecuniam accipiunt... item ob accusandum vel non accusandum... ob denuntiandum testimonium vel non... 3. Revelantes sententiam sive mentem judicis, pecunia accepta».—Tib. Decianus расширяетъ кругъ возможныхъ виновниковъ, причисляя къ нимъ посредниковъ въ полученіи денегъ, хотя называетъ ихъ дѣяніе: «injuria»: «Quinimo tenebitur talis pecuniam accipiens vel dans iudici non conscio de his injuriarum, l. item apud Labeonem, § item ait, f.f. de injuriis. Ubi quod qui per pecuniam vendit eventum sententiae, fustigatur, quia facit injuriam ei, cuius sententiam vendit, ut per Bar. ibi quem text. Aug. ibidem dicit notandum contra advocatos, procuratores et alios, dicentes se amicos iudicis, et pecuniam ideo recipiunt, ut sententiam et opinionem eorum venentur, quod et saepe faciunt meretrices, ut refert ibi exemplum, et ideo omnes hi tenentur injuriarum. (Lib. VIII, c. XXXV, n. 27). По мнѣнію *Hirschfeld*'а: «Concernit igitur L. Julia repet. in genere omnes, qui cum aliquam potestatem habent, sive aliquo officio ministeriove publico funguntur, pecuniam vel aliud quicquam accipiunt, quo magis aut minus quid eorum officii faciant... quod non tantum praememoratae species officialium, sed et hi qui ob denuntiandum vel non denuntiandum, remittendum vel non remittendum, ferendumve vel non ferendum testimonium, ob accusandum vel non accusandum pecuniam acceperunt... Per analogiam quoque tutores et curatores, pupillos et minores, qui eorum tam ratione personae, quam rerum, potestati et curae sunt subjecti, defraudantes, hac lege tenentur, eorum enim munus et officium quasi publicum est (Contra Waechter, LB., стр. 472).—Nec Advocati immunes sunt ab hoc crimine, quando prohibitam advocationem suscipiant... Aequali modo Magistratus et potestatem aliquam habentes non tantum ipsi... sed et comites et qui ex cohorte eorum sunt, Assessores, Secretarii, Notarii... quod quoque de sociis, consociis vel complicibus aliis, qui aeque, ac judex vel officialis ipse lege repetundarum conveniuntur... quales sunt uxor officialis, domestici, manipularii, ministri etc. quod enim quis per alium facit per se ipsum fecisse videtur... adeo ut officialis, qui ipse ut innocens fit, provideat, ergo et ministros suos ab omni injuria continere

Но на основаніи приведеннаго выше опредѣленія взяточничества можно заключить, что виновникомъ взяточничества могло быть должностное лицо, которое лично или черезъ своихъ близкихъ принимаетъ даваемую или принимаемую мзду за выполненіе какихъ-либо служебныхъ обязанностей или за упущеніе того, что ему надлежало выполнить.

Разработавъ съ большою тщательностью вопросъ о виновникахъ преступнаго дѣянія и рядъ другихъ вопросовъ, которыхъ коснемся ниже, доктрина оставила почти безъ вниманія основной вопросъ, требующій разслѣдованія при анализѣ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній,— это вопросъ объ объектѣ преступленія. Въ болѣе позднихъ работахъ можно встрѣтить лишь общее указаніе на нарушеніе въ данномъ случаѣ служебнаго долга, служебныхъ обязанностей и только [1]).

Въ чемъ заключаются эти послѣднія и въ чемъ состоитъ ихъ нарушеніе, объ этомъ ничего не говорится. Самое понятіе объекта преступленія по отношенію къ данному дѣянію получаетъ не всегда правильный смыслъ, такъ напр. Wigeleb замѣчаетъ, что «objectum est vel materiale vel formale: illud censetur pecunia, cuius vocabulo generaliter omnia, quibus divitiae constant venire...

---

debeat».—Наконецъ. *Koch*, полагаетъ, «commiti igitur potest id crimen non solum a iudice et magistratu, sed omnibus, qui officio publico praesunt (§ 634). Speciatim criminis repet. rei fiunt: a. administratores fisci, qui pro hoc, ut creditoribus fisci id, quod eis debetur, persolvant, munera accipiunt; immo et tunc, quando solutionem debitorum vel stipendiorum, aerarii inopiam praetexentes, tam diu differunt, donec creditores vel beneficiarii, morae pertaesi partem accipiendo, apochas tamen super accepta integra summa dant, atque sic reliquum administratori donant. b. Legati ministrive, qui durante legatione sua, aut infecto adhuc, quod iis commisum fuit, negotio, ab extere Principe, cum quo negotium gerunt, munera vel etiam annuas pensiones ab aliis exteris Principibus accipiunt. (§ 635). Срав. Leyser, Medit. ad Pandect. ad lib. XLVIII, Spec. DCXIX, c. XI, XII; также Meister. Principia juris, § 360.—У Aeg. Bossius'a, Tib. Decianus'a, Iod. Damhauder'a, Jul. Clarus'a, въ качествѣ возможнаго виновника указывается глав. образ. iudex и весь вопросъ о взяточничествѣ разбирается примѣнительно къ взяточничеству судебному. Carpzov (Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium, 1677) замѣчаетъ: «Quo non modo de iudicibus, pro tribunali sedentibus sed et J. Ctis, Scabinis, aliisque peritis, de iure respondentibus, intellectum velim, ut nimirum hi malitia, odio aut amore pecuniae, scienter et dolose falso respondentes, de falsi crimine convicti, poena falsi plecti debeant». (Pars II, qu. XCIII, n. 56).

1) См. напр., Quistorp, ук. соч. § 420; Klein, ук. соч. § 530; Wächter, ук соч. стр. 472.

sive sint corporalia mobilia vel immobilia, sive incorporalia. Formale est illa ipsa pecunia in hanc finem accepta, ut officium expediatur vel non» [1]).

Другой изслѣдователь этого вопроса Lyncker различаетъ пассивнаго субъекта—«adversus quos hoc delictum perpetratur (cap. IV), и объектъ, подъ которымъ онъ понимаетъ то, что должностное лицо межетъ и чего не можетъ принимать въ качествѣ мзды за свои служебныя дѣйствія (cap. V).

Оба автора далеко стоятъ отъ дѣйствительнаго пониманія объекта преступленія. Но наряду съ подобнымъ разсужденіемъ у T. Decianus'a мы находимъ замѣчаніе, правда, бѣглое, но вѣрно подмѣчающее сущность взяточничества, какъ одного изъ должностныхъ преступленій: Онъ говоритъ: «Nota tamen, quod atrocitas huius criminis consistit in receptione pecuniae: nam si per gratiam vel aliter *magistratus abutitur officio suo*, non tam atrox erit delictum... т. е. злоупотребленіе своимъ служебнымъ положеніемъ. Вотъ въ чемъ заключается характерная черта должностныхъ преступленій вообще и взяточничества въ частности [2]).

Сущность взяточничества—въ полученіи должностнымъ лицомъ денегъ при исполненіи служебныхъ обязанностей.

Обычнымъ типомъ взяточничества являлось полученіе денегъ должностнымъ лицомъ за учиненіе въ будущемъ какого либо дѣйствія, противорѣчащаго требованіямъ закона: «corruptio vero a corruptere venit; in iudice tamen, officiario ac testibus remanet, ipsoque non minus afficit, ita ut Judex munerum aut pecuniae gratia quicquam *inique iudicet,* aut ut officiarius *inique exequatur,* aut testis *male testetur*» [3]).

---

[1]) См. ук. соч. Sect. II, n. 18.

[2]) Tib. Decianus, Tract. criminal. c. XXXVI, n. 3. Срав. Facilides, ук. соч. § 5: «ne abutantur potestate sibi concessa, vel, dum unius jura augeant, alterius diminutione commendabilem semper in cives laedant aequitatem».— Leyser (Spec. DCXIX Medit. ad Pandect. ad lib. XLVIII, tit. XI de crim. repet.) замѣчаетъ: «Incidit tamen tunc in crim. repetundarum, quando hoc, pro quo quid accipitur vel promittitur, ad officium eius, qui accipit vel stipulatur, pertinet» (c. IV).

[3]) I. Damhauder. c. CXXXVII, n. 2.

Но помимо этого, такъ сказать, нормальнаго типа взяточничества законодательству, практикѣ и доктринѣ были извѣстны случаи полученія мзды не только за совершеніе чего либо, но и за опущеніе, не только за нарушеніе своего долга, но и за исполненіе его, не только какъ платы впередъ, имѣющей въ виду направить волю виновнаго, но и какъ вознагражденія за услугу уже оказанную. Такъ напр. Tib. Decianus замѣчаетъ: «Et committitur hoc crimen, sicut ac simonia, etiam si unus tantum numus reciperetur *pro ferenda* vel *non ferenda* sententia (n. 9) или «Et generaliter tenetur, quilibet magistratus vel officium gerens, si quid recipit, *non tantum ut faciat*. sed *ac recipiat, ne faciat* quid ex officio suo vel *plus faciat, aut minus, quam deberet* (n. 13[1]), также Bechmann говоритъ: «Committitur etiam hoc crimen non solum faciendo injustitiam, verum *etiam omittendo ea, quae sunt facienda*» [1]).

Не возникало также сомнѣній относительно недопустимости мзды за совершеніе дѣйствій правомѣрныхъ: «Ratio legum est,—говоритъ Aeg. Bossius,—quia iudices debent contenti esse stipendio suo publico ac privatis gratis ministrare iustitiam», поэтому дѣлаетъ онъ выводъ: «Sive fiat injustitia propter aurum, sive iustitia, dummodo fiat propter aurum permutatio est baratum, ac judex dicitur mercator justitiae» (n. 2). Тоже подтверждаетъ и B. Carpzov: «Neque iustum judicium vendere judici licet... si quidem acceptio nummorum est veritatis praevaricatio... Et purae manus sunt sevandae Deo, Regi ac Legi... Ideoque judex sive justam sive injustam pronunciarit sententiam, in poenam legis Jul. repet. incidit [2]).

Обычно мзда уплачивалась впередъ, но иногда лиходатель ограничивался однимъ обѣщаніемъ вознаградить за оказанную услугу. Принятіе одного такого обѣщанія уже дѣлало должностное лицо отвѣтственнымъ: такъ

---

[1]) Bechmann, ук. соч. cap. VI, 5. Срав. также Leyser, ук. соч., Spec. DCXIX.

[2]) См. Pract. nov., Pars. II, qu. XCIII, n. 60; Leyser, ук. соч. Spec. DCXIX, n. 14; Boehmer-Elementa, § CCCXLIX, 3; Meister,—Principia § 360; Koch. § 634, d. Dorn § 235, Quistorp § 421; Grohmann, § 361; Bechmann, c. 14, 6; Facilides, стр. 18—19.

Tib. Decianus говоритъ: «Item si promissa tantum fuisset pecunia pacto nudo, vel simplici pollicitacione, ac tamen soluta non fuisset, tenetur iudex hoc crimine» [1]). Впрочемъ отвѣтственность ставилась въ зависимость отъ характера самого обѣщанія и свойства послѣдующей дѣятельности должностного лица: такъ у того же автора находимъ слѣдующее разсужденіе: «Sed quid si praecessisset generalis quadam ac incerta promissio pro sententia ferenda, ac lata fuerit, an dicetur in hoc crimen incidisse? Dicendum, quod aut justam tulit sententiam, tunc non tenebitur, aut injustam, tenebitur. Atque si certa quantitas promissa fuisset, nullo casu excusaretur» [2]), т. е. если было обѣщано поблагодарить за услугу и если эта услуга не сопровождалась нарушеніемъ долга, то получившій благодарность не подлежитъ отвѣтственности; напротивъ, если обѣщаніе носило вполнѣ опредѣленный характеръ, то, не смотря на то, что должностное лицо и не нарушало своего долга, оно подвергается отвѣтственности. У позднѣйшихъ писателей это различіе отсутствуетъ и одно обѣщаніе благодарности приравнивается ея полученію: такъ Leyser говоритъ: «Etiam is magistratus, qui ab initio quidem nihil accipit, nec certum quid stipulatus est, sed tamen spe futuri praemii et remunerationis litigatori plus, quam debebat, favet, in crimen repetundarum incidit» [3]).

Не одинаково также было отношеніе къ вознагражденію, уплачиваемому уже послѣ оказанной услуги: У Ant Matthaeus'a мы находимъ такое разсужденіе: «Quid autem, si datum fuerit iudici remunerationis causa non ut faceret, sed postquam fecisset officium? Bartolus, quem reliqui certatim sequuntur [4]), existimavit, remunerandi causa magistratui dari aliquid posse; eo quod remuneratio non sit propria, donatio, quae absoluta libe-

---

1) Tib. Decianus, ук. соч., lib. VIII, c. XXXV, n. 11.

2) Тамъ же, c. XL, n. 18.

3) Leyser, Spec. DCXIX, n. XIX. Martin (ук. соч. § 222) замѣчаетъ: «Spätere Belohnungen, ohne vorhergegangene Zusicherung, würden hier her nicht gehören, sollten sie auch, an und für sich unerlaubte Geschenke enthalten».

4) См. напр. Tib. Decianus: «Excusandus etiam erit, si post factum aliquid accepit a sponte dante, intelligendo de munere»... (lib. VIII, c. XL, n. 15).

ralitate in donatarium conferatur, atque ideo nec insinuatione egeat». Но въ противоположность этому «communis opinio» A. Matthaeus выдвигаетъ авторитетъ Alciatus'a, который, по его словамъ, «verum communem hunc errorem recte notavit», и доказалъ, что истинный смыслъ закона сводится къ тому: «ne quidem post depositam administrationem, eos pro beneficio tempore administrationis praestito aliquid capere posse: nedum ut durante magistratu aliquid accepere possint». И такое требованіе закона вполнѣ понятно: «nam si remunerari iudices liceret, inescati lucri spe, darent lites secundum locupletiores potius, quam secundum pauperiores: quoniam horum tenuitas lucri spem praecipit» [1]).

Помимо вопроса о значеніи момента принятія дара и характера обуславливаемой этимъ даромъ дѣятельности, доктрина удѣлила много вниманія выясненію самаго понятія дара и установленію границъ допустимыхъ приношеній.

Понятіе дара «donum», обнимало съ одной стороны «munera»—«dona sub causa», подношенія должностнымъ лицамъ, въ виду ихъ служебнаго положенія, съ другой стороны—«xenia»—«munuscula, quae a provincialibus Rectoribus provinciarum offerebantur» [2]). Подношенія этого послѣдняго рода съ соблюденіемъ извѣстныхъ условій признавались иногда допустимыми, такъ напр., Aegidius Bossius говоритъ: «Breviter dic, officialem sub nomine officii a nullo recipere posse, sed si recipit ab aliquo, uti ab amico, qui vult sibi donare, licite potest accipere usque ad centum aureos, omnibus computatis, nisi sunt consanquinei usque ad sextum gradum, a quibus potest accipere usque ad infinitum... Adverte quoque, quia esculenta ac poculenta iudices accipere possunt, et non comprehenduntur sub prohibitione d. l. ea lege ..

[1]) Ant. Matthaeus, ук. соч. tit. VIII. c. 1, n. 8. Также Koch, ук. соч. § 634, b. Quistorp § 421, стр. 637. Klein, ук. соч. § 529. Напротивъ Dorn полагаетъ, что не будетъ взяточничества, «wenn nach geendigter Sache, ohne alle seine Erwartung eine Partei ihm aus blosser Dankbarkeit ein Geschenk gebe, weil so dann die Haubteigenschaft eines Verbrechens, nemlich der dolus fehlt». См. ук. соч. стр. 730.

[2]) См. Dorn, ук. соч. стр. 728.

Verum tamen non debent ista esculenta ac poculenta excedere centum aureos in anno» [1]).

Такой же взглядъ выражаетъ и Iod. Damhauderius: «Nolunt enim jura ullo modo permittere, ut Iudices, Officiarii aut Commissarii quicquam amplius accipiant praeter constituta stipendia, salaria ac praemia laboribus digna; nisi forte quaedam minutula as gratitudinis symbola quaeque talia sint, ut ob ea nihil magis, aut minus in judicio aut executione facienda valere possint: veluti cibaria, aut potabilia, ut leporem, cuniculos, capones, perdices, pavones, phasianos, haleca, mullum, lupum, lucium, muraenam, sturionem, salmonem, ac varia quidem vinorum, ac cerevisiarum genera, aut similia levicula, quae intra breve tempus peredi possint et concoqui» [2]).

Tib. Decianus замѣчаетъ: «Quod si amicus aliquid donaret iudici amico amicitiae causa, non ex causa magistratus vel officii, non committitur hoc crimen», но добавляетъ онъ далѣе: «ego sic concilio, ut si in officio recipit ab amico, praesumatur ex officii causa regulariter, nisi qualitas personarum repugnet, ut quia sint integerrimae vitae, vel si concurrunt aliae conjecturae innocentiae» [3]). Но затѣмъ даже самыя невинныя подношенія стали признаваться недопустимыми, противъ нихъ возставалъ B. Carpzov. «Ac licet esculenta ac poculenta videantur esse calcar expediendarum litium... Attamen non permittendum, ut vel hac iudices capere possint.. Nam et in minimis est affectio, et ex minimis, si permittantur, facilis ad majora optanda et capienda est via.. Quare melius ac tutius est, ut ab hisce iudex, verus iustitiae sacerdos, abstineat» [4]).

Также строго на подобныя приношенія смотритъ и Leyser: «Corrumpunt judicem non solum, qui grandia

---

1) См. Aey. Bossius, ук. соч. tit. de officialibus corruptis pecunia, n. 3.

2) Iod. Damhauderius, ук. соч. c. CXXXII, n. 9. Срав. также Ant. Matthaeus, tit. VIII, c. 1, n. 9: «Xenia excipiuntur... Sunt autem xenia edulia, quae intra proximos dies prodigi possunt, et hospilibus hospitalitatis gratia dantur: si eduliorum modum excedant, mandatis improbantur».

3) Lib. VIII, c. XL, n. 8.

4) B. Carpzov, ук. соч. Pars II, qu. XCIII, n. 61. Эту же точку зрѣнія поддерживаетъ и Feuerbach, въ ук. раб. рус. перев. стр. 83: «отъ немногаго идетъ дорога ко многому и дозволенное служитъ маской недозволеннаго».

dona, sed et qui munuscula, xenia et esculenta offerunt... Verum enim vero, qui hominum mentes norunt, hi tam munera, quam munuscula in iis flectendis alicuius ponderis esse sciunt. Igitur ac ab his abstinendum est» [1]). Этотъ взглядъ, отрицающій допустимость всякаго рода приношеній, сдѣлался господствующимъ [2]).

Возникалъ, наконецъ, вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли ограничивать понятіе полученіемъ денегъ и другихъ матеріальныхъ благъ или оно можетъ быть распространено и на извлеченіе выгодъ иного рода.

По мнѣнію Tib. Decianus'a: «Qui etiam arbitrum corruperit vel pecunia, vel *ambitione*, tenebitur etiam de dolo .., и далѣе: «Ambitione quoque corrumpuntur iudices, ac aliis quibuscunque affectibus, sicut et pecunia» [3]). Туже точку зрѣнія отстаиваетъ и Wexius: «Sunt autem eo loco praeter pecuniam omnia, quibus officium judicis vel magistratus corrumpitur, ut ira, odium, cupiditas, caeterique affectus. His enim homines, nec minus judices atque magistratus obnoxii sunt, ut nemo mortalium facile inveniatur, qui non eorum impetu saepe abripiatur» [4]).

Но Iod. Damhauderius отстаиваетъ иной взглядъ: «Sunt Doctores,—говоритъ онъ,—qui volunt concussiones ac corruptiones in Iudiee, Officiario, Commissario ac in testibus fieri posse tribus modis: nempe in corde propter affectum et desiderium: in ore ob gloriam ac sui praedicationem: in manibus vel operibus munerum aut pecuniarum gratia: atque ab his tribus convenit omnem Iudicem, Officiarium et testem esse liberum: ultimum puniuntur jura: duo priora divinae punitioni subjecta remanent» [5]).

Въ позднѣйшихъ работахъ проводится взглядъ, что хотя даръ можетъ заключаться и не только въ деньгахъ,

---

1) Leyser, Spec. DCXV, n. XXVII.

2) См. Boehmer, Elementa § CCCXLIX, 5; Meister § 362; Quistorp § 421; Koch. § 634, c. Wächter (§ 221, II) полагаетъ, что принятіе подарковъ недолжно быть смѣшиваемо со взяточничествомъ, оно можетъ быть del. sui generis. Также Martin, § 224.

3) Tib. Decianus, ук. соч. lib. VIII, c. XXXV, n. 38, 45.

4) См. Wexius, ук. соч. n 57.

5) Iod. Damhauder. ук. соч. CXXXII, n. 10.

но всетаки долженъ представлять извѣстную выгоду, повидимому, матеріальнаго характера; такъ Hirschfeld замѣчаетъ: «judex enim non tantum dicitur corruptus, si pecuniam, sed etiam si aliam rem vel ex re aliud commodum seu utilitatem sentiat, veluti si litigator judici debitum aliquod remittat... frumentum vel aliud quid gratuito mutuo det... neque interest an commodum tale in donatione, venditione aut locatione consistat, aut si pluris vel minoris venditio vel locatio fiat... quae eo magis videntur in fraudem legis facta... ad quod praecavendum olim magistratibus negotiari plane interdicebatur» [1]).

Для состава взяточничества не имѣло значенія, были ли получены деньги непосредственно должностнымъ лицомъ или при посредствѣ подставныхъ лицъ, посредниковъ— «interpositis personis, ut pote uxori liberis dari permittant» [2]).

Со стороны внутренней взяточничество необходимо предполагаетъ умыселъ, въ виду можетъ быть очевидности этого условія о немъ доктрина совершенно умалчивала и лишь въ болѣе позднихъ трудахъ говорилось о корыстныхъ намѣреніяхъ взяточника [3]).

Равнымъ образомъ, только позднѣйшіе авторы обратили вниманіе на моментъ окончанія дѣянія. Съ точки зрѣнія господствующаго взгляда дѣяніе должно было почитаться оконченнымъ съ момента принятія обѣщанія или предоставленія выгоды (durch Annahme des Versprechens oder des Einraumens des Vortheils [4]).

---

1) Указ. соч. Sect. II, thes. III; Kramer, ук. соч. § 99: «Ob u rigens das Geschenk in baarem Gelde oder sonst einer re besteht, oder ob nur irgend ein Vortheil versprochen oder verschafft ist, verändert an dem Wesen dieses Criminis eben so wenig, als die Form der Gebung». Понятіе выкупъ при взяточничествѣ было расширено Feuerbach'омъ, который средствомъ подкупа признавалъ «все то, что служитъ къ удовлетворенію чувственности вообще и своекорыстія въ особенности; не только деньги, но и денежныя цѣнности, не только положительная, но и отрицательная выгода, не только выгода имущественная, но и все другое, что является средствомъ къ удовлетворенію честолюбія, тщеславія, чувственныхъ побужденій (Sinnenlüst). См. Feuerbach «Ueber die Bestechung der Staatsbeamten»; рус. пер. въ Журн. гражд. и угол. права, 1884 г. № 6 стр. 82.

2) См. Koch § 634; Quistorp § 421; Grolmann § 361 и друг.

3) См. Dorn, стр. 730; Quistorp § 420; Klein § 530; Martin § 222 и др.

4) См. Wächter, ук. соч. стр. 474—475. Kramer, § 99; Martin, § 222, Abegg; § 492; Henke, стр. 500.

Въ заключеніе разсмотрѣнія вопроса о взяточничествѣ доктрина останавливала свое вниманіе на вопросѣ о наказуемости его и обстоятельствахъ, вліяющихъ на размѣръ отвѣтственности. Обычно отвѣтственность за взяточничество опредѣлялась, по словамъ Iulius'a Clarus'a, слѣдующимъ образомъ: «Iudex, committens barataria, *privatur officio*, quod de praesenti habet et *facultate alia habendi in futurum*... praetereaque punitur poena legis Juliae repetundarum, scilicet *exilio*, vel *etiam gravius secundum facti* .. Cogitur etiam *persolvere quadruplum eius, quod accipit*... sed adverte, quia non semper istud quadruplum applicatur fisco, sed tantum modo, quando versantur turpitudo ex parte utriusque, scilicet dantis et recipientis. Quando autem turpitudo est solummodo ex parte unius. tunc dimidium quadrupli applicatur fisco et dimidium alteri parti» [1]).

Boehmer указываетъ, что «ex germanicarum legum tenore plerumque pecunia. remotione cum infamia in iudices corruptos animadversitur; (vid. LL. Wisig. lib. VII, tit. IV, l 5. Baiuv. tit. II, cap. XVIII, Ripuar. tit. LXXXVIII, capite vero, si innocens ad mortem condemnatus. Const. Sicul. tit. XLVI, Edict. Teod. R. c. l. 2). Interim praxim huius criminis agnoscit Carpzovius (qu. XCIII), idque in primis remotione ab officio, iuncta relegatione, puniendum putat» [2]).

Размѣръ наказанія ставится въ зависимость отъ степени злостности взяточника, умышленности дѣянія и важности вредныхъ послѣдствій [3]). Напротивъ, обстоятельствами, смягчающими отвѣтственность, признавались полученіе дара уже послѣ произнесенія рѣшенія, отсутствіе непосредственной связи между даромъ и отправляемыми служебными обязанностями, полученіе дара за полезный совѣтъ, данный еще до начала процесса, и наконецъ, скудость получаемаго содержанія, застав-

---

1) См. Jul. Clari, Lib. V § Final. Quaest. LXXIII, n. 2.

2) См. Boehmer, Elem. § CCCL; Engan § DXLV; Dorn § 236; Quistorp § 423; Klein § 530; Kramer § 100.

3) Но отсутствіе вредныхъ послѣдствій не освобождаетъ отъ отвѣтственности: «Neque etiam excusabitur, dato quod tulerit sententiam, quae nemini nocet... См. Tib. Decian. l. VIII, n. 11).

ляющая прибѣгать къ взяткамъ [1]). Раскаяніе, обнаруженное судьей, можетъ повліять на освобожденіе его отъ отвѣтственности только въ случаѣ, если оно сопровождалось возвратомъ дара: «Et inter iudicem, quem non solum facti poenituit, verum etiam receptam pecuniam restituit, iustamque sententiam protulit, et hunc utique poenitentia ab omni poena facit immunem» [2]).

Наряду со взяточничествомъ, какъ это видно изъ опредѣленія, признавалось наказуемымъ и лиходательство. Оба эти дѣянія неразрывно связывались другъ съ другомъ, какъ бы двѣ стороны одного преступленія. «Corrumpens et corruptus sunt correlativa, ideoque etiam illud. quod in uno dispositum est, dispositum esse, necesse est in alio» [3]).

Лиходатель признавался соучастникомъ взяточника (socius criminis) и подлежалъ отвѣтственности на тѣхъ же основаніяхъ, что и взяточникъ: «Non solum autem recipientes pecuniam tenentur hac lege, sed etiam dantes» [4]). Такое подведеніе подъ понятіе crim. repetund. лиходательства казалось нѣсколько непослѣдовательнымъ; по крайней мѣрѣ у Ant. Matthaeus'a находимъ замѣчаніе: «Illud postremo pene tanquam paradoxum notandum, incidere in legem Juliam non solum eum qui accepit, sed et qui dedit... cum tamen ipsa criminis appelatio reclamet, nec repetundarum postulari proprie posse qui dedit, sed qui accepit» [5]). Но, повидимому, не всѣ случаи лиходательства подводились подъ понятіе crim. repet. Leyser называетъ falsarii тѣхъ «litigatores, qui iudicem etiam in bona caussa corrumpunt» [6]).

1) Dorn, ук. соч. § 237. Quistorp § 424, Meister § 314, III. Tib. Decian. lib. VIII, cap. XXXVI: «Verum si magistratus vel officialis non haberet salarium aut aliud, unde posset nutriri, licite posset aliquid recipere et licite ei daretur, modo si non daretur ob injustitiam faciendam... ibi prohibemus accipere à nostris subjectis nisi secundum quod eis administrat Respublica, aut si non est eis aliquod publicum salarium, quantum inculpabilis antiquitas diffinivit. ut à spontaneis ipsis magis, quam ab invitis accipiant, et hoc parum, et quantum eis ad mediocrem sufficit vitae gubernationem».

2) Bechmann, ук. соч. с. VI, п. 12, но у Tib. Decianus'a находимъ противоположный взглядъ: «Neque dans, neque iudex recipiens excusabitur per Poenitentiam, etiam re integra sequntam...» (lib. VIII, n. 10).

3) Bechmann, ук. соч. с. VIII, п. 1.

4) Tib. Decian. lib. VIII, c. XXXV, n. 37.

5) Ant. Matthaeus, tit. VIII, c. 1, n. 10.

6) Leyser, ук. соч. Spec. DCXV, XXV. — Понятіе crim. falsi было настолько широко, что элементы его Carpzov усматриваетъ и во взяточни-

Одна попытка учинить подкупъ и дать взятку разсматривалась, какъ «injuria». «Falsarius eos dicere non audeo,—говоритъ Leyser,—quod conatus effectum non habuit. At quemadmodum femina, cuius puditia attentata fuit, injuriarum actionem habet, L. 9 § 4. L. 10 de injuriis, sic iudex vel assessor iudicii eum, qui tentare ipsum muneribus sustinuit, merito iniuriarum actione pulsabit» [1]). Оконченнымъ лиходательство почиталось съ момента врученія мзды для достиженія намѣченной цѣли [2]).

Наказуемымъ признавалось не только окончаніе дѣянія, но и покушеніе: «Puniendus autem non solum is est, qui pecunia, verum etiam qui prece et alio modo iudicem corrupit... Imo et is, qui tantum tentat iudicem corrumpere, quamvis iudex corruptionem non acceptavit» [3]).

Наказаніе лиходателя, вообще говоря, соразмѣряется съ наказуемостью взяточника, совиновникомъ котораго онъ признается, кромѣ того онъ утрачиваетъ свое право требованія, хотя бы рѣшеніе и состоялось въ его пользу [4]).

Но существовали обстоятельства, при наличности которыхъ лиходательство считалось извинительнымъ, такъ по словамъ Tib. Decianus'a: «Socius etiam criminis, si se sponte propalet, id est, qui pecuniam dedit et iudicaverit, et probaverit cui dedit, veniam meretur» (lib. VIII, c. XL, n. 5); равнымъ образомъ: «Excusabitur tamen, qui dedit pecuniam malo iudicii, ut se ab eius injusta vexatione liberaret» (n. 13); такимъ образомъ уличеніе судьи во взяточничествѣ и желаніе избавиться отъ его притѣсненій—таковы обстоятельства, оправдывающія лиходателя. Въ послѣднемъ случаѣ лиходатель могъ даже требовать обратно данную судьѣ

чествѣ: «Huc porro referenda est falsi species ea, quando Judex ex malitia, vel munere corruptus, dolose et ex proposito false iudicat et injustam fert sententiam... (n. 52), но далѣе онъ замѣчаетъ: «Quin non solum judex falsarius ex lege Cornelia de falsis, sed etiam ex lege Julia repetundarum arbitrarie coërcetur (n. 55).—См. ук. соч. P. II, qu. XCIII.

1) Leyser, ук. соч. Spec. DCXV, XXVIII.

2) Abegg, ук. соч. стр. 626; Wächter, ук. соч. стр. 474.

3) Bechmann, ук. соч. c. VII, n. 3.

4) Martin, § 223, II; Abegg, § 493, 2. Jul. Clar. ук. соч. lib. V, qu. LXXIII, n. 2.

мзду: «Hi, qui dant, si quidem aliter ius et aequum a judice impetrare non possunt. non solum non peccant, sed etiam per condictionem ob turpem caussam id quod dederunt, a magistratu repetunt» [1]).

Въ другихъ случаяхъ, т. е. когда лиходательство являлось наказуемымъ, принесенный судьѣ даръ не возвращался лиходателю: «Corruptori enim nihil eorum iure restituendum est, quae iniquo animo et ad corrumpendum maligno tribuit, aut Judici, aut Officiario, aut testibus» [2]).

Близкимъ къ взяточничеству признавалось, какъ было сказано выше, должностное вымогательство (concussio, Erpressung), подъ которымъ, по опредѣленію Bechman'a, понималось: «quando quis in officio constitutus aliquid ab subditis per metum extorquet: metu enim aut vi, vel minis tacite vel expresse illatis» [3]).

Видомъ вымогательства признается «superexactio» т. е. «Si ultra quam debitum, nomine tributi a subditis quid exigitur» [4]).

Въ римскомъ правѣ оба дѣянія одинаково подводились подъ crim. repet. которое обнимало собою не только случаи продажности должностныхъ лицъ, но также и случаи вымогательства имущественной выгоды путемъ злоупотребленія властью [5]). Связь вымогательства со взяточничествомъ опредѣляется Damhauder'омъ слѣдующимъ образомъ: «Ambo (т. вымогательство и взяточничество) enim isthec crimina usuvenire conspicies in Judice, in officiario, et in testibus, licet diversi modo». (n 1). Различіе между ними сводится къ слѣдующему: «quandoquidem concussio his inest active, corruptio vero passive. Hoc est concussio Judicem, Officiarium et testem concutit et ad propriam corruptionem solicitat, id est,

---

1) См. Leyser, Spec. DCXIX, n. VII.

2) Damhander, ук. соч. c. CXXXII, 6.

3) Bechmann, c. V, n. 1: «Hoc enim innuit ipsum vocabulum concutere et idem est quod terrore percellere... Veluti: quando iudex minatur de carcerando vel gravando, nisi quis pecuniam dederit».

4) Hilliger, ук. соч. Lh. XIX.

5) Henke, ук. соч. § 191. Martin, ук. соч. § 224, 3: Erpessungen, welche durch Missbrauch oder unter dem Vorwande der Amtsgwalt verübt werden. Je weniger hierbey der Gepresste als gleichfalls strafbar betrachtet werden kann, desto natürlicher war die Anwendung der Lh repetundarum des römischen Rechts auf diese Vergehen».

ipsos subagitat, ita ut iudex a parte adversa munera captet, quorum gratia inique iudicit, aut Officiarius inique exequatur, aut testis iniqua testetur. Corruptio vero a corruptore venit; in iudice tamen officiario, et testibus remanet, ipsoque non minus afficit, ita ut Iudex munerum aut pecuniae gratia quicquam inique iudicet, aut ut Officiarius inique exequatur, ant testis male testetur. Concussio itaque corrumpi studet et quaerit, et pro iniqua sententia ferenda munera ac pecuniam quaerit et affectat. Corruptio (scil. Judicis, Officiarii et testium) etiam si munera ac pecuniam accipiat, illa tamen non quaesivit, nec ad ea danda partem coegit» [1]).

Такимъ образомъ, все различіе между обоими преступными дѣяніями заключается въ способѣ дѣйствія [2]). Указывается нѣкоторыми также и другой признакъ различія: «crimen concussionis crimen non publicum, sed privatum, crimen vero corruptionis seu repetundarum publicum crimen est»,--но по поводу этого признака Bechman замѣчаетъ: «Est enim crimen concussionis privatum crimen, quando a privato committitur... Si vero a Magistratu et officiali committatur, publicum crimen est admixtum privato atque ita unico delicto unicoque facto duo crimina admissa esse intelliguntur: privatum scilicet, quatenus concussionis nomen retinet, publicum vero, quatenus repetundarum sanctionem respicit... seu quatenus actio publica instituitur» [3]).

Такимъ образомъ, въ виновникѣ нельзя искать различія между обоими преступными дѣяніями и виновниками вымогательства могутъ быть тѣже лица, что и при взяточничествѣ: «Incurrit autem in crimen hoc concussionis non solum *praeses,* seu *iudex*, aut *alter officialis*, qui concutiendo metum pecuniam extorquet; sed etiam inferior officialis, qui Praesidis iussu metum in-

---

1) Iod. Damhauder, ук. соч. с. CXXXII, n. 1, 2; см. также Bechmann, ук. соч. с. V, n. 2.

2) Въ виду этого понятно и опредѣленіе, даваемое crim. reper. Grolmann'омъ: «Das crim. repet. wird von jdem Staatsbeamten begangen, welcher sich, sey es mit oder ohne Erpressung, irgend einen Vorsheil, in Beziehung auf seine Amtsverbindlichkeit, gewähren oder versprechen lässt, auf welchen er nicht, nach der Organisation seines Amtes, Ansprüche hat». (§ 361).

3) Bechmann, ук. соч. с. V, n. 3.

cutit et pecuniam extorquet» [1]). Но участниками въ преступленіи могли быть и частныя лица [2]). Съ внѣшней стороны вымогательство можетъ заключаться «in injectione» или «in simulatione juris» [3]).

Ближайшимъ образомъ дѣятельность вымогателя обрисовываетъ I. Damhauderius: «Est autem concussio, sub praetextu ac titulo officii et dignitatis, cum aliquo de iustitia ferenda, aut non ferenda, aut male ferenda componere et cum eo foedus aliquod pecuniarum hac causa inire. Hoc crimen directe spectat ad ipsum iudicem, qui partem litigantem concutit, et ad sui corruptionem aut persuadet, aut compellere studet» (n. 1).

Кромѣ того, «iudex, qui alteram litigantium partem concutit, hoc est, vel minis vel persuasionibus terret, ac inducit, ut ab ea aut munera, aut summam aliquam pecuniarum accipiat, ad eum finem, ut in gratiam eiusdem partis, aut citius, aut tardius iudicet, aut omnino non iudicet, aut certe ut aliter iudicet, quam debet, aut quam juris regula monstrat: is Iudex, qui ita se corrumpi studet, crimen concussionis committit» [4]).

Съ помощью указанныхъ средствъ—внушенія страха или извращенія требованій закона должностное лицо вынуждаетъ или деньги, или учиненіе какихъ-либо дѣйствій: «objectum concussionis est vel pecunia, vel factum» [5]).

По характеру дѣятельности вымогательство можетъ быть только умышленнымъ и въ большинствѣ случаевъ диктуется корыстными мотивами.

---

1) Bechmann, ук. соч. с. V, n. V. Hilliger, ук. соч. thes. 14: publicum est quod fit a persona in officio publico constituta, et fit iterum vel immediate seu per se, vel mediate seu per ministros et comites. См. также Koch, § 564. Meister, § 238, Martin, § 224, 3.

2) Hilliger, ук. соч. thes. XXIII: «Non Magistratus solum, sed et Privati huius criminis se participes facere possunt».

3) Тамъ же, thes. XXXIII.

4) Damhauder, ук. соч. с. CXXXI, n. 1, 2. Срав. Bauer, ук. соч. § 378. Quistorp между прочимъ поясняетъ, что «setzet doch dieses Verbrechen allemal solche Drohungen zum voraus, deren man sich unter dem Schein des Rechts, oder des Ansehens bedienet» (ук. соч. стр 285), а Koch говоритъ: «Minae juris dicuntur, quando quis auctoritate publica sub specie juris abutitur, ut aliquid extorqueat, vel a praestatione se liberet (§ 563).

5) Hilliger, thes. XXVIII. Meister, ук. соч. § 238: «Et concernere potest extorsio tam dationem rei, quam facti praestationem; inter alia et confessionem aliamve declarationem; fierique potest et lucri animo et alia intentione».

О наказуемости вымогательства I. Damhauderius говоритъ слѣдующее: «hoc crimen committens puniendus est arbitrarie, ad discretionem Iudicis, cum restitutione principalis et quadrupli et exilio, ut falsarius et calumniator pro modo delicti» [1]).

По мнѣнію Henke на практикѣ примѣнялось обычно исключеніе со службы (Entsetzung v. Amte) съ заключеніемъ въ крѣпость или въ исправительный домъ, а въ менѣе тяжкихъ случаяхъ—удаленіе отъ должности (Suspension v. Amte) вмѣстѣ съ денежнымъ наказаніемъ или заключеніемъ въ тюрьмѣ; кромѣ того виновный обязывался къ возврату полученнаго и къ возмѣщенію вреда [2])

Такъ на основѣ римскаго права доктрина обще-нѣмецкаго права выработала конструкцію понятій взяточничества, лиходательства и вымогательства.

Римскому праву, какъ мы видѣли, были неизвѣстны эти понятія въ качествѣ «delicta sui generis»; оно подводило ихъ подъ обширную группу дѣяній, объемлемыхъ понятіемъ «crim. repetundarum» и отчасти «crimen falsi». Основной цѣлью созданія «crim. repet.» была борьба съ злоупотребленіями должностныхъ лицъ; поэтому главное вниманіе законодателя обращалось на магистрата, принимающаго добровольно приносимую мзду или вымогающаго ее насиліемъ или угрозой; отвѣтственность лиходателя носила добавочный, второстепенный характеръ.

Въ доктринѣ обще-нѣмецкаго права произошло измѣненіе какъ положенія этихъ деликтовъ среди другихъ преступныхъ дѣяній, такъ и во взаимномъ ихъ отношеніи: взяточничество, лиходательство и вымогательство освободились отъ зависимости «criminis repe-

---

1) Damhauder, ук. соч. с. CXXXI, п. 4. Срав. Meister, § 239: Concussionis poena est arbitraria, carceris, pecuniae, privationis officii, et pro facti qualitate. praesertim si crim. repet. concurrat, ad operas publicas usque intendi potest. Praeterea res per concussionem extorta reddenda. quo nomine condictio ob turpem causam competit; salvis quoque aliis congruis actionibus ad indemnitatem aliamve satisfactionem privatam consequendam».

2) Henke, ук. соч. § 191, стр. 494.

tund.» и пріобрѣли значеніе самостоятельныхъ дѣяній (delicta sui generis), союзъ взяточника съ лиходателемъ былъ оформленъ путемъ созданія новаго единаго дѣянія: crim. corruptionis или barattariae; рядомъ съ нимъ, какъ болѣе тяжкій видъ, было поставлено вымогательство.

Разрабатывая юридическую конструкцію этихъ дѣяній, доктрина намѣтила главнѣйшіе элементы состава ихъ, которые легли затѣмъ въ основаніе постановленій положительнаго законодательства. Такъ изъ римскихъ корней, переработанныхъ въ процессѣ рецепціи, выросла современная конструкція взяточничества и лиходательства.

О государственной власти.

(Опытъ монистической конструкціи юридической сущности правового государства).

П. А. Покровскаго.

(Окончаніе).

V.

Теперь мы можемъ дать достаточно полный отвѣтъ на второй изъ двухъ вопросовъ, поставленныхъ нами въ началѣ второй главы: является ли пониманіе государства, какъ цѣлаго, волящей и дѣйствующей личностью, чѣмъ-то естественнымъ, вытекающимъ изъ самой природы вещей или нѣтъ? Отвѣтъ долженъ быть опредѣленно отрицательный. Знакомясь съ исторической эволюціей политико-правовыхъ воззрѣній на государство. мы видимъ, что, какъ для античной древности, такъ и для среднихъ вѣковъ и для новаго времени, вплоть до XIX вѣка, такое пониманіе государства было чуждымъ [1]). Представленіе о государствѣ и государственной власти не оставалось, какъ мы видѣли. все время неизмѣннымъ. Наоборотъ! Каждый новый поворотъ колеса міровой исторіи, каждое существенное измѣненіе соціально-политической структуры общества давали новыя теоріи и новыя конструкціи, касательно природы государства и государственной власти. Систематизируя эти теоріи и конструкціи, мы можемъ раз-

[1]) Въ нашемъ обзорѣ мы не касались древне-восточныхъ государствъ деспотическаго склада. Тамъ, гдѣ капризъ деспота значилъ все, гдѣ всякій подданный былъ близокъ юридически къ рабу деспота—не могло возникнуть и намека на мысль о волѣ государства въ цѣломъ.

бить ихъ на двѣ *большія* группы. Первая группа—это теоріи временъ абсолютизма. И въ восточныхъ деспотіяхъ, и въ Римѣ въ эпоху Имперіи, и въ XVII—XVIII вѣкахъ—вездѣ одинаково возникаетъ представленіе о государствѣ, какъ о нѣкоемъ пассивномъ цѣломъ, управляемомъ волею властителя (деспота, принцепса, императора, короля—все равно), стоящаго *надъ* государствомъ и *его правомъ*. Воля властитель—право государство. Онъ воплощаетъ въ себѣ *все государство*: всю его мощь, всю его силу... Таковы конструкціи, отвѣчающія дѣйствительности и правопониманію эпохъ абсолютизма всѣхъ родовъ и оттѣнковъ.

Другая группа теорій—это теоріи, которыя хочется назвать теоріями правовыми. Въ основѣ ихъ лежитъ взглядъ на государство не какъ на нѣчто пассивное, управляемое чужой волей, а на опредѣленное, цѣлостное общежитіе, сложившееся въ силу естественнаго неизбѣжнаго теченія вещей и управляющееся въ силу *законовъ*, дѣйствующихъ въ общежитіи. Согласно этимъ теоріямъ государство—несомнѣнно единство. Въ силу естественнаго, историческаго развитія опредѣленное общежитіе отграничилось отъ другихъ общежитій, какъ нѣчто самостоятельное; въ силу этого же естественнаго, историческаго развитія опредѣленное общежитіе объединилось внутренне подъ *одними и тѣми же законами*, подъ сѣнью *одного и того же правопорядка*, при чемъ этотъ правопорядокъ защищается, какъ народнымъ правосознаніемъ, такъ и всей организаціей общества. Такимъ образомъ, если говорить о конструкціи всего этого общежитія, въ его цѣломъ, какъ единой, волящей и дѣйствующей личности—то ея нѣтъ и слѣда въ данныхъ теоріяхъ. Есть воли опредѣленныхъ носителей власти (монарха, народнаго собранія, сословныхъ представителей и пр.), эти воли входятъ въ взаимоотношенія другъ съ другомъ, и въ данныхъ субъективныхъ взаимотношеніяхъ, происходящихъ *на основаніи* и *въ силу* единаго *объективнаго правопорядка*, и должна заключаться юридическая конструкція государства, какъ цѣлаго. Государство, если его конструировать юридически, примѣняясь къ понятіямъ совре-

менной юриспруденціи, надо было бы понимать, согласно даннымъ теоріямъ—какъ *совокупность правоотношеній, возникающихъ въ силу объективнаго, исторически сложившагося правопорядка и объединенныхъ въ одну систему, болѣе или менѣе законченную, опять-таки этимъ объективнымъ правопорядкомъ*. Такое пониманіе государства опредѣленно выражено въ греческой политической наукѣ, такъ же понимали государство въ средніе вѣка. Наконецъ, именно это правовое пониманіе государства отвѣчало юридическому мышленію республиканскаго Рима, если только хорошо вдуматься въ послѣднее...

Но если такъ, то откуда же возникла господствующая нынѣ юридическая конструкція государства? Гдѣ ея историческіе корни? На этотъ вопросъ, намъ кажется, мы уже дали удовлетворительный отвѣтъ въ нашей указанной выше статьѣ «Къ вопросу о субъектахъ международнаго права», но тамъ мы не достаточно полно выразили нашу мысль.

Прежде всего возникновенію доктрины, во многомъ, способствовали реакціонныя ученія конца XVIII-го и начала XIX-го вѣка. Эти реакціонныя ученія—весьма разнообразныя и часто противорѣчившія одно другому—всѣ имѣли одну и ту же общую черту. Въ борьбѣ съ революціонной идеологіей XVIII вѣка, недооцѣнивавшей силу историческихъ традицій и привычекъ, реакціонныя ученія, отстаивая «старый порядокъ», выдвинули на первый планъ силу этихъ традицій и привычекъ. Идеологи революціи вѣрили и исповѣдовали, что единымъ мощнымъ усиліемъ можно поставить общественную жизнь на *новыя*, идеальныя основанія, что стоитъ только желать, и, вмѣсто имѣющагося на лицо полнаго несовершенствъ, несправедливостей и нелѣпостей общественнаго строя, будетъ созданъ новый строй гармоничный и совершенный. Идеологи реакціи, наоборотъ, учили, что отказаться отъ своего прошлаго ни одному народу нельзя, что всѣ его учрежденія,—какъ бы несовершенны они ни были,—даны ему его исторической судьбой и потому являются для него естественными. Общественный строй въ представленіи реакціо-

неровъ являлся органически выросшимъ въ нѣдрахъ исторіи, и всякая часть этого строя имѣла свое оправданіе въ силу тѣхъ же самыхъ историческихъ традицій и исторической судьбы даннаго народа. Государство, такимъ образомъ, разсматривалось прежде всего и больше всего съ его *органической стороны*. Государство понималось, какъ своего рода живой организмъ, рѣзкое измѣненіе въ структурѣ котораго должно было гибельно отозваться на его жизнеспособности и жизнедѣятельности. Этотъ организмъ противопоставлялся отдѣльнымъ индивидамъ (ихъ волѣ и ихъ интересамъ), входящимъ въ него какъ нѣчто вполнѣ самостоятельное и даже высшее. Особенно яркое и законченное выраженіе данная сторона реакціонныхъ доктринъ получила у *Гегеля*. Для него «Государство — соціальная субстанція, дошедшая до самосознанія. Государство — это разумъ въ себѣ и для себя... государство, это земной богъ»![1])

Чтобы понять все значеніе данныхъ ученій для выработки критикуемой нами господствующей доктрины, надо обратить вниманіе и на другую сторону вопроса, на то пониманіе государства и права, какое *должно* было утвердиться въ умахъ и психологіи людей за долгіе годы эпохи абсолютизма. Въ эту эпоху государственная власть, какъ мы уже указывали, олицетворялась въ монархѣ. Естественно, что тогда утвердилось представленіе о государственной власти, какъ *о власти личной, единой, стоящей надъ правомъ, во всякомъ случаѣ противополагающейся силѣ права, какъ нѣчто равное*. Почему власть, объединенная въ монархѣ, представлялась единой и личной — объяснять не приходится. Ясно также почему эта власть понималась, какъ нѣчто отличное отъ права. Властитель измѣнялъ (по крайней мѣрѣ такъ *казалось*) правовыя нормы, какъ хотѣлъ; онъ, какъ бы, стоялъ надъ правомъ. Надо еще добавить, что эта его власть была чужой обществу, стояла внѣ населенія и естественно противополагалась послѣднему. Такъ было достаточно долго, чтобы воспитать умы на извѣстномъ представленіи о государственной власти.

---

[1]) Philosophie des Geistes» § 536.

Затѣмъ наступилъ переломъ. Жизнь осудила отчужденіе государственной власти отъ народа. и колесо исторіи подняло, на смѣну абсолютной монархіи, конституціонализмъ. Въ результатѣ цѣлый рядъ существеннѣйшихъ измѣненій. Смѣшеніе государственной власти съ властью монарха стало уже невозможнымъ.

Однако мысль, пріученная къ извѣстнымъ формуламъ, стремится представить власть единой, личной и противостоящей населенію. Извѣстные пережитки абсолютизма также вліяютъ на сохраненіе старыхъ формулъ. И, вотъ, въ результатѣ старое, «личное» представленіе о власти сохраняется, но вмѣсто слово «государь» въ формулу подставляется слово «государство», которое надѣляется и собственнымъ «я» и волей», и прочими аттрибутами личности.

Вышеуказанныя реакціонныя доктрины, своимъ ультра-органическимъ пониманіемъ сущности государства даютъ прекрасную почву для такой постановки [1]). Разъ государство—«Земной Богъ», разъ оно—«соціальная субстанція, дошедшая до самосознанія», то почему же не снабдить его и собственной волей и способностью дѣйствовать?

Таковы были историко-психологическіе факторы, родившіе доктрину. Присматриваясь къ первымъ шагамъ доктрины, приходишь къ убѣжденію, что она явилась хорошимъ орудіемъ въ рукахъ реакціи противъ всякихъ революціонныхъ ученій. Когда дѣйствительность не позволяла болѣе утверждать, что государственная власть есть власть монарха, оказалось весьма удобнымъ передать эту власть безличному государству, понимаемому, какъ цѣлое. Этимъ самымъ, съ одной стороны, воздвигалась цитадель противъ доктрины о суверенитетѣ народа. Съ другой же стороны, было легко и удобно, провозгласивъ государственную власть властью государства, провозгласить монарха держателемъ этой властью. Новѣйшій и обстоятельнѣйшій изслѣдователь процесса возникновенія господствующей доктрины *Dock* – не безъ

---

[1]) См. объ этомъ, напр. *Dock* «Revolution und Restauration etc., особ. стр. 269—270.

основаній полагаетъ, что первымъ, кто достаточно ясно формулировалъ доктрину, былъ Фридрихъ II-ой [1]). Это очень знаменательно. Монархъ, обладающій абсолютной властью, первый высказывается противъ абсолютическихъ доктринъ, отожествлявшихъ власть монарха съ властью государтза. Однако, знакомясь съ мыслями Фридриха II-го, читатель убѣждается, что подобный отказъ—чисто формальный, что *содержаніе* монархической власти понимается Фридрихомъ II всетаки на абсолютическій манеръ. Власть-то принадлежитъ государству, какъ моральной личности. Фридрихъ II-ой не устаетъ повторять и подчеркивать это. Однако монарху, въ силу его *естественнаго* положенія въ организмѣ государства, принадлежитъ *осуществленіе власти во всей ея полнотѣ*. Онъ одинъ видитъ, мыслитъ и дѣйствуетъ за все государство [2]). Власть его попрежнему абсолютна, только необходимо, чтобы онъ, реализуя эту власть, руководился «единственнымъ дѣйствительно существующимъ благомъ—благомъ в его государства» [3]).

Тоже самое «гармоничное» примиреніе власти монарха съ теоріей персонификаціи государства, какъ цѣлаго, мы встрѣчаемъ и у *Гегеля*. Политическое ученіе *Гегеля*, можно сказать, пропитано идеями о персонификаціи государства [4]). Индивидуумъ въ его политической философіи ничто, а государство—все, оно - Богъ. «Го-

---

[1]) *Dock* Der Souveranitätsbegriff.» etc. стр. 135 слѣд. Dock слѣдуя за Гирке (Johannes Althusius стр. 189 слѣд.) находитъ, что и раньше нѣкоторые писатели, особенно Гроцій, Гоббсъ и Пуффендорфъ, были близки къ пониманію государства, *какъ цѣлаго*, въ качествѣ особой правомочной личности. Однако, по мнѣнію, Dock'а, мнѣнію которое мы лично раздѣляемъ—ученія этихъ писателей не отличались въ данномъ отношеніи надлежащей опредѣленностью и ясностью. Ук. соч. стр. 135—142. Ср. *Еллинекъ*, «Общее ученіе» стр. 331—346. *Наліенко*, «Суверенитетъ» стр. 137—145.

[2]) Позволимъ себѣ привести двѣ—три выдержки, заимствованныя изъ указаннаго сочиненія Dock'а, изъ сочиненій Фридриха II-го ...«Я повторяю—пишетъ, напр., Фридрихъ II-й—суверенъ (монархъ) является представителемъ государства, онъ и его народъ образуютъ единое тѣло... князь въ отношеніи управляемаго имъ общества тоже самое, что голова въ отношеніи тѣла... князь первый слуга и первый чиновникъ государства... онъ долженъ видѣть, мыслить и дѣйствовать за все общество, чтобы озаботиться о всевозможныхъ выгодахъ, какія только послѣднее можетъ имѣть».. Dock стр. 144.

[3]) Ibid. стр. 144.

[4]) Такъ же, какъ и у его ученика *Лоренца Штейна*, вліяніе котораго на публично-правовую литературу огромно даже въ наши дни.

сударство—пишетъ Н. И. Палiенко, формулируя сущность ученiя Гегеля—является не средствомъ служенiя интересамъ отдѣльныхъ лицъ, но абсолютной самоцѣлью, въ которой свобода превращается въ высшее право, и потому государство имѣетъ высшее право въ отношенiи отдѣльныхъ личностей, а высшая обязанность послѣднихъ быть членами государства» [1]). «Основное опредѣленiе государства состоитъ въ субстанцiональномъ единствѣ... его моментовъ, въ томъ числѣ его властей и ихъ дѣятельности. Это... единство всѣхъ особыхъ моментовъ государства и различiй, развившихся въ немъ, составляетъ животворящее начало государства, его суверенитетъ... Государство это самоопредѣляющаяся и вполнѣ суверенная воля, которой принадлежитъ послѣднее высшее рѣшенiе» [2]).

Итакъ суверенитетъ принадлежитъ «личности государственнаго цѣлаго». Но, - сейчасъ же поясняетъ Гегель,—въ силу органическаго положенiя монарха въ государствѣ, эта личность получаетъ реальность, заключающуюся въ ея понятiи, лишь *въ личности монарха*. Верховная власть принадлежитъ государству или, говоря точнѣе, монарху, который заявленiемъ; «я хочу» является основанiемъ всякой государственной дѣятельности [3]). Въ конституцiонной монархiи, какъ понимаетъ ее Гегель, монарха, поскольку дѣло идетъ о законодательствѣ, окружаютъ совѣщательныя учрежденiя, но они только высказываютъ свое мнѣнiе, государь не обязанъ слѣдовать ихъ указанiямъ. Послѣднее слово всегда принадлежитъ ему [4]).

VI.

Позволяю сдѣлать нѣкоторые выводы изъ всего ранѣе сказаннаго. Кажется, читателю должно быть теперь яснымъ,—откуда проистекаетъ представленiе о государствѣ въ цѣломъ, какъ о волящей и дѣйствующей

---

[1]) *Палiенко*, «Суверенитетъ» стр. 217.
[2]) Ibid. стр. 221.
[3]) «Grundlinien der Philosohpie des Rechts» §§ 279 слѣд.
[4]) «Philosophie des Geistes» § 542.

личности. Это представленіе самымъ тѣснѣйшимъ и интимнѣйшимъ образомъ связано съ тѣми понятіями и представленіями, къ которымъ человѣчество пріучилось въ эпоху абсолютизма. Оно—законное дитя этой эпохи. Отсюда же, равнымъ образомъ, вытекаетъ ученіе и о томъ, что власть, принадлежащая государству, какъ цѣлому, есть власть *первоначальная*, самостоятельная, что она является единой и независимой отъ права силой (по взглядамъ большинства даже силой стоящей надъ правомъ). Эпохѣ абсолютизма такое ученіе вполнѣ соотвѣтствовало: тогда власть, объединенная въ рукахъ монарха, стояла дѣйствительно надъ правомъ [1]) и могла дѣйствительно пониматься, какъ сила первоначальная, самостоятельная [2]).

---

[1]) Это положеніе однако надо принимать съ извѣстными ограниченіями. Частное право въ большей своей части является продуктомъ мощныхъ, стихійныхъ силъ исторіи, являясь обязаннымъ своимъ авторитетомъ тысячелѣтнему примѣненію и общественному признанію. Всѣ институты гражданскаго правопорядка, напримѣръ, сложились въ главныхъ своихъ основаніяхъ и формахъ исторически, внѣ всякой зависимости отъ индивидуальнаго или коллективнаго правотворчества законодателей. Голландскій ученый *Краббе* («Die Lehre der Rechtssouvenität», Groningen 1906, S. 48—69), опираясь на труды такихъ историковъ права, какъ Бруннеръ, Шредеръ, Варнкенигъ, Тецнеръ, Мэнъ, Віолеттъ и др. даетъ очень интересный и поучительный эскизъ развитія частнаго права, гдѣ выясняетъ, что даже въ эпоху абсолютизма и расцвѣта теоріи о неограниченности королевсиой власти, область частнаго права была внѣ произвольнаго правотворчества королей и ихъ помощниковъ. Правосознаніе эпохи, правосознаніе самихъ неограниченныхъ повелителей *ограничивало ихъ власть*, поскольку дѣло шло о частномъ правѣ. Чтобы сколько-нибудь измѣнить его, короли прибѣгали къ сложной процедурѣ съ опросомъ свѣдущихъ въ обычномъ правѣ лицъ о своевременности реформы и о соотвѣтствіи ея обычному правосознанію. Вообще измѣненія въ области частнаго права предпринимались рѣдко и ограничивались, по возможности, частностями, такъ что, можно сказать, внутренняя сила, присущая правовымъ нормамъ, получила здѣсь одно изъ самыхъ интересныхъ подтвержденій. Ср. моя ук. статья въ «Извѣстіяхъ Мин. Ин. Дѣлъ» стр. 186.

[2]) Любопытно, что въ англійской государственной наукѣ господствующая нынѣ нѣмецкая доктрина не имѣетъ никакого успѣха. Англичане вообще очень мало интересуются теоретическими проблемами публичнаго права, занимающими континентальныхъ ученыхъ, но тамъ, гдѣ они высказываютъ свои теоретическія мысли о существѣ государственной власти, они оказываются страшно далекими отъ господствующей доктрины. Наибольшей популярностью въ Англіи, по свидѣтельству такихъ ученыхъ, какъ Мэнъ и Дайси, пользуется доктрина *Остина*. Въ этой доктринѣ рѣзко выраженъ принципъ *главенства права, закона*. Въ зависимости отъ правопорядка верховная власть въ государствѣ принадлежитъ или одному или нѣсколькимъ Ихъ воля—править государствомъ. См. *Мэнъ*, «Древнѣйшая исторія учрежденій», 1876 г. стр. 24; *Дайси*, «Основы государственнаго права Англіи», 1891 г. стр. 54 слѣд. Ср. также нѣсколько неотчетливое изложеніе у *Коркунова*, «Указъ и законъ», стр. 130.

Но, спрашивается, отвѣчаетъ ли такое ученіе нашему времени, времени *правового государства?* Можно ли въ наше время, анализируя непредубѣжденнымъ умомъ дѣйствительность, признать правоту и основательность подобнаго ученія. Въ предыдущемъ мы старались выяснить историческіе корни доктрины, объяснить,— откуда возникла она... Но развѣ мало заблужденій, предразсудковъ и лжи можно объяснить исторически? Историческое объясненіе возникновенія ученія отнюдь еще не доказательство правоты его. Что же можно сказать въ доказательство правоты его? Что говорятъ его защитники?

Обращаясь къ ихъ ученію убѣждаешься, что они *не говорятъ ничего*, они исходятъ изъ того положенія, *что наличность той государственной власти, о какой они учатъ*, есть фактъ, неоспоримый фактъ. *Такая власть существуетъ*, она, по природѣ вещей присуща государству, ея существованіе зависитъ отъ стихійныхъ историческихъ силъ и т. д. и т. д. Словомъ, повторяемъ, наличность единой самостоятельной отъ права и даже стоящей надъ нимъ первоначальной государственной власти есть *фактъ*. Вотъ все доказательство представителей господствующей доктрины... [1])

Среди англійскихъ и американскимъ изслѣдователей мы лично не нашли сторонниковъ господствующаго направленія. Пониманіе государства, какъ юридическаго лица, *поскольку дѣло идетъ о публично-правовыхъ отношеніяхъ*, чуждо англо-американской наукѣ. *Эксонъ*, напримѣръ, авторъ новѣйшаго изслѣдованія «о конституціонныхъ законахъ и о конституціонной практики въ Англіи», вполнѣ ясно разбиваетъ понятіе государственной власти на рядъ отдѣльныхъ властей: законодательной, исполнительной, и пр. (См., напр., франц. перев. книги *Эксона* «Loi et pratique constitutionelles de l'Angleterre» 1903, Paris т. I гл. I-я). См. также разсужденія *Поллока* въ его извѣстной «Исторіи политическихъ ученій» (русск. перев. М. 1898 г. стр. 93 слѣд.); *Вильсона* въ его «Государствѣ» рус. пер. М. 1905, особ. стр. 531 и т. д. *Hatschek* въ своемъ «Englisches Staatsrecht» (т. I Tübingen, 1905, стр. 80—81) пишетъ, (какъ сторонникъ господствующей доктрины, разумѣется съ нѣкоторымъ сожалѣніемъ), что «въ Англіи государство не является корпораціей. Оно—союзъ, communitas... Нѣтъ никакихъ субъективныхъ правъ у государства и противъ государства. Есть вмѣсто этого права отдѣльныхъ органовъ государства (напр. королевская прерогатива, парламентскія привиллегіи) и права индивидовъ относительно этихъ органовъ»... *Такимъ образомъ, въ странахъ, не пережившихъ эпохи абсолютизма въ ея полномъ смыслѣ, но за то въ полномъ смыслѣ воплотившихъ основной принципъ правового государства—о подзаконности всякой власти,— господствующей доктринѣ не оказалось мѣста.*

[1]) Лицъ, желающихъ провѣрить справедливость даннаго нашего утвержденія, отсылаемъ къ любому труду любого изъ представителей господствующей доктрины. См., напр., *Еллинекъ*, «Общее ученіе о государствѣ», стр. 311 слѣд.

Разумѣется, если бы наличность такой власти была дѣйствительно фактомъ,—намъ не пришлось бы и писать данной статьи. Однако все дѣло въ томъ, что господствующее ученіе принимаетъ за фактъ миражъ, метафизическій призракъ, рожденный, съ одной стороны, привычкой мыслить понятіями эпохи абсолютизма, а съ другой стороны, метаюридическимъ и метафизическимъ представленіемъ (характернымъ для умовъ, воспитанныхъ на Гегелѣ и Штейнѣ) о государствѣ, какъ о совершенно особомъ, цѣлостномъ, съ собственной волей, собственными силами и собственной дѣятельностью, организмѣ. Если же обратиться *къ дѣйствительности правовыхъ нормъ* современности, то тамъ мы не найдемъ ничего подобнаго, ничего отвѣчающаго той власти, о какой говоритъ господствующая доктрина.

Мы усиленно подчеркиваемъ, что говоримъ лишь о дѣйствительности правовыхъ государствъ. Насъ—людей XX вѣка—долженъ интересовать прежде и больше всего этотъ типъ государственныхъ образованій, являющійся *единственнымъ типомъ культурнаго государства* въ настоящее время. По вопросу о сути правового государства предложено болѣе, чѣмъ достаточно. Наиболѣе распространенной можетъ считаться та формула, посредствомъ которой можно схематизировать мысль Еллинека и Лабанда: государство — законодатель установляетъ нормы закона, которыми связано въ своей дѣятельности государство — управитель и государство — судья. Эту формулу, въ сущности, развилъ въ своемъ знаменитомъ сочиненіи объ исполнительной власти Лоренцъ *Штейнъ* [1]). Наиболѣе яркое и выпуклое изложеніе этой мысли находимъ у Отто Майера, въ его «Германскомъ административномъ правѣ» [2]). Однако, не

---

[1]) *L. Stein*, «Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, ihr Recht und ihr Organismus». Stuttgart 1865, S. 1—104. Все изложеніе здѣсь базируется именно на этой схемѣ.

[2]) *O. Mayer*, «Deutsches Verwaltungsrecht», Leipzig 1894, § 5. «Rechtsstaat». «Sollen wir das Wesen... Rechtsstaates hier... zusammenfassen, so mögen wir immerhin von ihm sagen, dass er seine Wirksamkeit gegenüber der Unterthanen bestimmt in der Weise des Rechts, das er eine Rechtsordung und Rechte der Unterthanen anerkennt und aufrecht erhält auch in der Verwaltung» (S. 65). «Das Gesetz über alles, das Urtheil gebunden an

смотря на общепризнанность этой формулы, она насъ не удовлетворяетъ, такъ какъ въ ней идея правового государства выражается недостаточно полно и широко. Говорить о подзаконности управленія и суда для пониманія правового государства мало. Необходимо говорить о подзаконности самой законодательной власти, самого законодательства, словомъ о подзаконности *всякой власти* въ государствѣ. Нужно настаивать, развивать и подчеркивать ту истину, къ какой приходишь, внимательно анализируя дѣйствительность современныхъ культурныхъ общежитій (какое бы общежитіе мы ни взяли), *что всякое проявленіе власти въ современномъ государствѣ и всякая власть покоится на правѣ, на объективной правовой нормѣ и что нѣтъ никакой надправовой и абсолютной государственной власти, а есть лишь опредѣленные носители опредѣленныхъ правомочій, предоставленныхъ этимъ носителямъ объективнымъ правомъ и этимъ же правомъ опредѣленно скоординированнымъ* [1]).

Какое-бы государство мы ни взяли, вездѣ мы найдемъ прежде всего или опредѣленно выраженное или само собою подразумѣвающееся положеніе, что государство (беремъ формулировку 84-й статьи нашихъ «Основныхъ Законовъ») управляется «на твердыхъ основаніяхъ законовъ, изданныхъ въ установленномъ порядкѣ». И затѣмъ мы увидимъ, какъ, *на основаніи права*, власть въ государствѣ передается въ руки тѣхъ или иныхъ

---

das Gesetz, die That der Vollstreckung gebunden an das Urtheil». (S. 60). Во французскомъ изданіи труда (Paris 1903) изложеніе параграфа пятаго нѣсколько измѣнено, но суть та же

[1]) Въ данной статьѣ мы не касаемся особо вопроса о существѣ правовыхъ нормъ, объ ихъ специфическихъ признакахъ и т. д., хотя наши взгляды на данный вопросъ проступаютъ ясно изъ самаго изложенія. Правовыя нормы—*это нормы, являющіяся внѣшне-обязательными для даннаго общежитія и защищенныя отъ нарушеній самой организаціей общежитія.* Такимъ образомъ, въ *общихъ чертахъ* мы присоединяемся къ пониманію права такими учеными, какъ Бергбомъ, Бирлингъ, Гамбаровъ, Гирке, Краббе, Палієнко, Штаммлеръ. Подробнѣе см. нашу статью «къ вопросу о субъектахъ международнаго права». Ср. *Гамбаровъ.* Право въ его основныхъ моментахъ въ Сборникѣ по общ.-юрид. наукамъ вып. I подъ ред. Гамбарова же. Спб. 1899. стр. 30—112. *Палієнко.* Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, Харьковъ 1908. гл. IV. *Штаммлеръ,* Хозяйство и право; русск. пер. подъ редак. Давыдова. Спб. 1907, т. II кн. 5, отдѣлъ первый и второй.

носителей власти: народнаго корпуса, народныхъ представителей, монарховъ, президентовъ республикъ, министровъ, органовъ самоуправленія, судовъ и пр. и пр... *На основаніи закона*, эти носители власти вступаютъ другъ къ другу и къ остальнымъ гражданамъ въ опредѣленныя отношенія, такъ или иначе ограничиваютъ волю другъ друга, пріостанавливаютъ и дополняютъ ее, образуя извѣстную, цѣлостную организацію. Цѣлый комплексъ, неисчислимая сѣть правовыхъ взаимоотношеній, базирующихся на положительныхъ нормахъ закона, почерпаетъ свои основанія въ опредѣленномъ правопорядкѣ, объединяющемъ всѣ данныя правоотношенія.

Для наглядности приведемъ примѣръ: государственный строй Россіи. Въ основаніи его уже цитированное положеніе о томъ, что Имперія управляется на «твердыхъ основаніяхъ законовъ». Затѣмъ положеніе, что «законодательная власть осуществляется Государемъ Императоромъ въ единеніи съ Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой».—Затѣмъ изложеніе цѣлаго ряда правомочій Императора; опредѣленіе того, кто, какъ и когда можетъ сдѣлаться Императоромъ; опредѣленіе правъ и обязанностей подданныхъ; достаточно детальное описаніе процесса законодательства и тѣхъ взаимоотношеній, въ какія вступаютъ во время этого процесса Императоръ, Государственная Дума и Государственный Совѣтъ, опредѣленіе условій функціонированія Думы и Совѣта, установленіе института Совѣта Министровъ и т. д. и т. д.

Это мы излагали содержаніе однихъ «Основныхъ Законовъ» и, конечно, далеко не исчерпали даннаго содержанія. Если перейти отъ «Основныхъ Законовъ» къ «Учрежденіямъ» Государственной Думы и Совѣта или Правительствующаго Сената или Министровъ — вездѣ встрѣтится тоже самое: опредѣленіе функцій извѣстныхъ носителей власти и опредѣленіе отношеній ихъ къ другимъ носителямъ... То же самое мы встрѣтимъ, если, вмѣсто Россіи разсмотримъ государственный строй Англіи, Германіи и т. д. Вездѣ главенство объективнаго права, царящаго надъ всѣмъ и опредѣляю-

щаго все, *включая и самые методъ развитія и измѣненія даннаго права* [1]).

Разумѣется, отдѣльные носители власти могутъ совершать правонарушенія, могутъ своими дѣйствіями преступать предѣлы, предписанные закономъ. Въ нездоровые, анормальные эпохи—правонарушенія эти могутъ быть очень часты и очень серьезны. Но, какъ исключенія лишь подтверждаютъ правило, такъ и подобныя анормальности, подобныя *преступленія* носителей власти лишь ярче оттѣняютъ, что власть ихъ, по-самому существу ея,—правовая Всякое преступленіе носителей власти неизбѣжно и естественно понимается, какъ поступокъ, совершенный *вопреки предѣловъ власти, установленныхъ для данныхъ носителей*. Они перешагнули, такъ сказать, черезъ имѣющуюся у нихъ власть, они совершаютъ преступленіе, и это преступленіе, какъ всякое другое, совершается *не на основаніи власти*, имѣющейся у того или иного носителя ея, *а вопреки этой власти*. Преступленіе всегда является уродливостью, исключеніемъ, и разсуждать, что преступленіе вытекаетъ изъ какой-либо нормальной общественной функціи преступника и связано съ этой функціей—значитъ утверждать нѣчто чудовищное. Сынъ, конечно, имѣетъ болѣе, чѣмъ кто-либо, возможностей обокрасть своего отца, кассиръ ограбить кассу, министръ нарушить права управляемыхъ, но говорить, что фактъ кражи у отца вытекаетъ изъ власти сына—абсурдъ. Такой же точно абсурдъ говорить, что правонарушенія министра вытекаютъ изъ факта нахожденія его на министерскомъ посту. Всякое правонарушеніе—общественная болѣзнь и не должно выводиться изъ элементовъ, естественно и необходимо присущихъ человѣческому общежитію. Если правонарушенія участятся свыше мѣры, общежитіе погибаетъ, при наличности ихъ оно соотвѣтственно теряетъ въ своей крѣпости и устойчивости. Кажется ясно... [2]).

---

[1]) Ср. *Нольде* «Постоянно нейтральное государство» Спб. 1905. стр. 583 слѣд. *Haenel* «Deutschs Staatsrecht» B. I. Leipzig 1892. § 13 S. 96 ff.

[2]) Мы говоримъ объ этомъ, имѣя въ виду слѣдующій весьма распространенный доводъ въ пользу своего взгляда со стороны защитниковъ осо-

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что въ правовомъ государствѣ, если брать юридическую сторону вопроса, все совершается на основаніи объективнаго права, и объективное право царитъ надъ всѣмъ. Этотъ объективный правопорядокъ и создаетъ, если вдуматься хорошенько, нынѣ государство, какъ упорядоченное общежитіе. На основаніи права мы считаемъ одно «своимъ», а другое «чужимъ», на основаніи права складываются наши семейныя отношенія. Имущественные, семейные и всѣ другіе интересы, все это интересы, прежде всего, правовые. Право не только защищаетъ существующіе до него какіе-то интересы; оно въ настоящее время создаетъ большую часть интересовъ участниковъ общежитія. Его роль въ данномъ случаѣ — гораздо болѣе активная роль, чѣмъ пассивная. Крупный земельный собственникъ, напримѣръ, несомнѣнно имѣетъ интересъ эксплоатировать и защищать свои земельныя богатства, но интересъ этотъ созданъ исключительно существующимъ объективнымъ правомъ. Дворяне имѣютъ интересъ пользоваться своими сословными привиллегіями, но послѣднія опять-таки всецѣло базируются на объективномъ правѣ. Съ другой стороны всякій человѣкъ de natura стремится и имѣетъ интересъ къ половому сожительству, но объективное русское право отказывается видѣть этотъ интересъ у монашествующихъ. Словомъ мы всецѣло присоединяемся къ весьма интересной и вѣрной мысли *проф. Нольде*, что нельзя игнорировать творческой способности права создавать правомѣрные интересы (и, слѣдовательно, субъективныя права) тамъ, гдѣ можетъ и не быть фактическихъ данныхъ для этого, и, наоборотъ, уничтожать естественные, фактическіе интересы, дѣлать ихъ недозволенными, преступными [1]).

бой неправовой государственной власти: очень часто приходится наблюдать,—говорятъ они, что государственная власть идетъ противъ права, вступаетъ съ нимъ въ коллизію; разъ это возможно, значитъ невозможно отрицать существованіе особой государственной власти. Уродливость, извращеніе функціи носителя власти, такимъ образомъ, возводится въ степень чего-то естественно принадлежащаго государственному общежитію и государственнымъ властямъ. Противъ этого взгляда мы протестуемъ со всей возможной энергіей.

[1]) *Нольде*, ук. соч., стр. 564—577.

Повторяемъ, объективный правопорядокъ лежитъ въ основѣ всего. Если употребить фигуральное выраженіе, можно было бы сказать, что объективный правопорядокъ является неограниченнымъ повелителемъ въ современномъ правовомъ государствѣ. Онъ опредѣляетъ всѣ отношенія всѣхъ участниковъ правопорядка, права и обязанности всѣхъ, начиная отъ императора до бѣдняка нищаго, влачащаго жалкое существованіе подъ заборомъ. Уничтожьте объективное право, уничтожьте всю эту сложную систему правоотношеній—государства не будетъ. Не будетъ вообще общежитія Будетъ скопище людей, гдѣ болѣе сильный будетъ уничтожать менѣе сильнаго, чтобы не быть уничтоженному самому. Къ счастью правопорядка уничтожить нельзя. *Мы даже не можемъ себѣ представить безправное состояніе общества*, гдѣ властвуетъ лишь сила и индивидуальныя побужденія, хотя бы моральнаго свойства, не можемъ потому, что неразрывно сжились съ правовой атмосферой. Но понять, что *вить объективнаго права* нѣтъ и не можетъ быть никакой власти въ правовомъ государствѣ,—это мы должны. Мы должны понять, *что всякая сила всякаго носителя власти есть сила правовая и только правовая*. «Право, говоритъ вполнѣ справедливо *Краббе*,—отграничиваетъ и ограничиваетъ не какую-либо силу, происходящую внѣ его: оно не превращаетъ отношеніе силы въ отношеніе права, но право само производитъ отношеніе силы» [1]). Въ этомъ суть и смыслъ правового государства.

Такимъ образомъ въ результатѣ мы приходимъ къ къ выводу, прямо противоположному выводамъ школы Лабанда—Еллинека. Не государство производитъ право, а право производитъ государство. Расходимся рѣшительнымъ образомъ мы также и съ пониманіемъ взаимоотношеній между правомъ и государствомъ Гирке, Прейсса и Дюги. Согласно вышеизложенному, надо отрицать наличность у государства какой-либо особой государственной власти. Такой власти, если исходить отъ положительнаго права и логики,—нѣтъ. Есть только

---

[1]) *Krabbe*, op. cit. S. 195.

то, что создается объективнымъ правомъ, т. е. не какая-то абстрактная, неосязаемая единая государственная власть, а правовыя *полномочія отдѣльныхъ носителей власти*, объединенныя происхожденіемъ изъ одного правопорядка. Нѣтъ, напримѣръ, русской государственной власти, взятой, какъ недѣлимое цѣлое, а есть лишь власти Императора, Государственной Думы, Государственнаго Совѣта и пр. и пр., разграниченныя на основаніи объективнаго права. Повторяемъ еще и еще разъ, что положительное право не даетъ матеріала для конструкціи единой государственной власти, и въ этомъ отношеніи надо вполнѣ присоединиться къ *Аффольтеру*, который категорически протестуетъ противъ понятія «государственной власти», какъ чего-то отличнаго отъ правовыхъ компетенцій отдѣльныхъ государственныхъ учрежденій [1]).

Дѣйствительно, смотря непредубѣжденными глазами на факты жизни, оцѣнивая объективно и безпристрастно эти факты, неизбѣжно приходишь къ заключенію, что въ этой дѣйствительности нѣтъ какой-то мощной и неотразимой государственной силы, все установляющей, все подчиняющей себѣ. Въ дѣйствительности есть только созданныя силой исторіи и природой вещей, человѣческія общежитія, гдѣ царитъ право. Это право надѣляетъ опредѣленными правомочіями и правообязанностями отдѣльныхъ участниковъ общежитія. Это право создаетъ общежитіе, создавая безчисленный рядъ различныхъ правоотношеній между участниками его. *Исторически создавшееся общежитіе людей подъ властью опредѣленнаго объективнаго правопорядка,—такъ можно опредѣлить государство.*

Съ юридической же точки зрѣнія его можно конструировать, какъ *цѣлую систему правоотношеній, объединенныхъ лежащимъ въ основѣ ихъ единымъ, объективнымъ правопорядкомъ, обладающимъ извѣстной, опять-таки исторически сложившейся, автономностью* [2]).

---

[1]) *Affolter*, «Staat und Recht». Annalen des Deutschen Reichs. 1903. S. 119—122.

[2]) Такую юридическую конструкцію государства мы развили здѣсь, поскольку дѣло идетъ о внутригосударственныхъ отношеніяхъ. Ср. *Нольде*,

... Специфическія черты государственнаго общежитія, намъ кажется, лежатъ не въ особомъ характерѣ власти его и вообще не въ юридической квалификаціи государства, а въ квалификаціи исторической. Они познаются изъ изученія процесса образованія государства. Къ сожалѣнію мы не можемъ, ограниченные нашей темой, подробнѣе остановиться на данномъ вопросѣ [1]).

Итакъ, формулируя все сказанное выше, мы приходимъ къ заключенію, что современное государство есть образовавшееся историческимъ путемъ извѣстное общество людей, гдѣ властвуетъ опредѣленный правопорядокъ, изъ котораго вытекаетъ безчисленное множество отдѣльныхъ правоотношеній властванія и подчиненности, сорганизованныхъ опредѣленнымъ образомъ; никакой-же надправовой, естественной, недѣлимой и суверенной государственной власти, власти противополагающейся праву, въ современномъ правовомъ государствѣ не имѣется. Иными словами, мы возвращаемся къ тому пониманію государства, какое было у Аристотеля. И это естественно: и Аристотель и мы исходимъ при построеніи нашихъ конструкцій *изъ дѣйствительности правового государства* [2]), Одинаковая дѣйствительность порождаетъ и одинаковыя исторіи.

VII.

Выставивъ подобное основное положеніе, считаемъ, необходимымъ очистить его отъ нѣкоторыхъ возможныхъ возраженій. Первое и самое существенное возраженіе можетъ заключаться въ оспариваніи нашей сдѣланной вслѣдъ за *Haenel'емъ*, *Нольде* и *Аффольтеремъ* юридической конструкціи государства, какъ *системы правоотношеній*. Ну хорошо,—могутъ сказать намъ—

ук. соч. стр. 583—591 и *Haenel*, Deutsches Staatsrecht. Leipzig 1892, § 13. («Das Gesammtverhältnis»). S. 96 ff. Мы эту конструкцію примѣняемъ и для международныхъ отношеній. Но объ этомъ см. нашу ук. статью.

[1]) Ср. ук. наша статья стр. 190—192.

[2]) Наши выводы вполнѣ гармонируютъ также съ позиціей англо-американскихъ ученыхъ (см. примѣчаніе выше); къ сожалѣнію, какъ было уже указано, послѣдніе недостаточно интересуются теоретической разработкой вопросовъ конституціоннаго права.

предположимъ, что *всякая* власть въ правовомъ государствѣ есть власть *правовая*. Но почему же она перестаетъ быть *единой?* Почему надо разлагать проявленіе власти въ государствѣ на цѣлый рядъ правомочій отдѣльныхъ носителей власти, а не конструировать ее, какъ нѣчто единое, цѣлое, принадлежащее государству, какъ *юридической личности*, какъ цѣлостному носителю данной правовой власти, какъ субъекту правъ. Краббе, на сочиненіе котораго мы ссылались нѣсколько разъ, учитъ именно такъ: власть государства—правовая, но принадлежитъ всему государству, какъ цѣлому, какъ юридической личности, а не отдѣльнымъ носителямъ власти. Эти отдѣльные носители власти осуществляютъ власть и права государства, а не свои собственныя права. Субъектомъ правъ въ данномъ случаѣ является государство.

Почему мы не можемъ принять конструкцію государства, какъ юридической личности, обладающей единой властью,—на этотъ вопросъ мы уже отвѣчали достаточно подробно въ своей не разъ цитировавшейся статьѣ «Къ вопросу о субъектахъ международнаго права». Здѣсь не касаясь международно-правовой стороны вопроса и отсылая интересующихся этой стороной къ только-что указанной статьѣ, мы повторимъ, развивъ нѣсколько подробнѣе, аргументацію въ пользу нашей конструкціи, поскольку дѣло идетъ о внутригосударственныхъ отношеніяхъ [1]).

Прежде всего намъ приходится повторить здѣсь то, что мы говорили въ статьѣ о «субъектахъ международнаго права» касательно юридическихъ конструкцій.

Міръ юридическихъ конструкцій не есть міръ реальнаго бытія, а является *простой схемой* для упорядоченнаго пониманія дѣйствительности съ точки зрѣнія правовыхъ понятій. Какъ всякая иная схема, схема правовая имѣетъ относительный характеръ. Эту схему, даже поскольку дѣло идетъ объ одномъ и томъ же

[1]) Кромѣ указанныхъ ученыхъ Affolter'a, Haenel'я и Б. Нольде этой конструкціи придерживаются еще *Loening* (Статья «Der Staat» въ Handwörterbuch Conrad'a B. VI, 1901 г.) и Коркуновъ «Указъ и законъ» 1894 г. «Русское государ. право», т. I. Введеніе.

комплексѣ явленій, можно строить различно. Но задача ученаго—стремиться, чтобы его способъ разсмотрѣнія дѣйствительности возможно проще и гармоничнѣе объяснялъ эту дѣйствительность, возможно яснѣе отражалъ ея тенденціи и ея силы, возможно больше, наконецъ, гармонировалъ съ голосами жизни. Кто-то сравнивалъ правовыя конструкціи съ сѣтью, плотно захватившей пойманное тѣло, т. е. жизнь, но въ своихъ изгибахъ невольно слѣдующей за жизнью. Слѣдовать голосамъ жизни было и нашимъ первымъ стремленіемъ. Конечно понятіе юридическаго лица весьма полезное конструктивное понятіе въ сферѣ гражданскаго права, гдѣ матеріальныя средства и цѣли, опредѣленно установленныя положительнымъ правомъ, входятъ въ правооборотъ какъ самостоятельныя единицы, независимыя отъ представляющихъ изъ людей. Но не надо забывать, что все же понятіе «юридическаго лица» есть понятіе, сконструированное лишь въ цѣляхъ удобства пониманія явленій жизни. Понятіе это, какъ ни какъ, искуственно, и, примѣняя его, надо каждый разъ провѣрять справедливость, полезность и необходимость примѣненія. И, вотъ, такая провѣрка въ данномъ случаѣ приводитъ насъ къ выводу, что нѣтъ никакихъ основаній и никакой необходимости конструировать государство въ его цѣломъ, какъ юридическую личность [1]). Такая конструкція, прежде всего, абсолютно *ненужна*. Если сторонники ея могутъ задать намъ вопросъ,—почему мы разлагаемъ «государственную власть» на правомочія отдѣльныхъ носителей власти, то съ нашей стороны естественно возникаетъ вопросъ—«а почему не разлагать», зачѣмъ соединять *раздѣленное въ жизни?* Вѣдь въ жизни, въ положительно правовомъ матеріалѣ мы имѣемъ не права государства, а права Монарха, Государственной Думы, Государственнаго Совѣта, Сената, судей и т. д. и т. д. Какая цѣль въ искуственномъ отнесеніи всѣхъ этихъ правъ къ искуственно-созданной

---

[1]) Думается, однако, что отдѣльныя учрежденія съ опредѣленными конкретными цѣлями—интересами (напр., казна, парламентъ, судебныя установленія) требуютъ юридической персонификаціи, что ея требуетъ жизнь. Впрочемъ, развитіе этой мысли завело бы насъ слишкомъ далеко.

юридической личности государства? Вѣдь, сами же сторонники юридической конструкціи государства учатъ, что права государства исчерпываются правомочіями различныхъ носителей власти, государственныхъ органовъ. За органами нѣтъ ничего, тамъ—пустое мѣсто. «Государство, пишетъ Еллинекъ, можетъ существовать только черезъ посредство своихъ органовъ; если мыслить его безъ послѣднихъ, то остается не государство, какъ носитель своихъ органовъ, а юридическое ничто» [1]. Ну, и удалите это юридическое ничто,—хочется сказать Еллинеку въ отвѣтъ на это многозначительное мѣсто. Зачѣмъ оно? Усложняя науку публичнаго права цѣлымъ рядомъ весьма сложныхъ и запутанныхъ проблемъ, [2] данная конструкція государства является ненужнымъ, лишнимъ балластомъ. Долой же этотъ балластъ.

Однако сторонники идеи юридической персонификаціи государства возражаютъ, что только для *наивнаго* мышленія можетъ казаться, будто въ жизни нѣтъ правъ государства, а есть лишь права отдѣльныхъ носителей власти—Монарха, палатъ народнаго представительства и пр. Если же вдуматься въ юридическую сущность правомочій монарха и др. носителей власти, то убѣждаешься, что они осуществляютъ *чужія* субъективныя права, ибо осуществляютъ правовую власть *во имя чужихъ интересовъ*. Всѣ ихъ полномочія созданы объективнымъ правомъ ради общественнаго блага, ради общественныхъ интересовъ, а такъ какъ субъектомъ правъ, согласно общепризнанному ученію, является то лицо, чьи интересы реализуются, то въ данномъ случаѣ, съ юридической точки зрѣнія субъектомъ правъ надо признать все общество, т. е. государство въ его цѣломъ, ибо реализуются именно интересы этого общества [3].

---

[1]) «Общее ученіе» стр. 413.

[2]) Въ другомъ мѣстѣ мы постараемся показать, насколько будетъ упрощено публичное правовѣдѣніе, какъ теоретическая наука, если отказаться отъ конструкціи государства, какъ субъекта правъ, и признать правовой характеръ всякой власти въ правовомъ государствѣ.

[3]) Ввиду общеизвѣстности господствующаго ученія мы излагаемъ его сжато, не иллюстрируя изложеніе никакими цитатами и ссылками. Болѣе подробно въ моей статьѣ въ Ж. М. Ин. Д.

Ученіе о томъ, что дѣятельностью «органовъ» государства реализуются общественные интересы,—сдѣлалось своего рода ходячей монетой въ современной наукѣ, и понятіе общественнаго интереса, такимъ образомъ, дѣлается весьма важнымъ понятіемъ для господствующей доктрины. Поэтому кажется немного страннымъ, что большинство ученыхъ, конструирующихъ государство, какъ юридическое лицо, не особенно вдумываться въ суть этихъ интересовъ, и обычно просто постулируетъ, что государство, какъ субъектъ правъ, преслѣдуетъ черезъ свои органы такіе интересы. Между тѣмъ, при болѣе вдумчивомъ отношеніи къ понятію общественнаго интереса, это понятіе внушаетъ весьма и весьма серьезныя сомнѣнія въ его пригодности. Наиболѣе основательный и глубокій анализъ того интереса, который лежитъ въ основѣ субъективныхъ правъ государства, даетъ *Бернатцикъ*; ко взгляду послѣдняго въ общемъ и примкнула литература послѣднихъ двухъ десятилѣтій [1]). Бернатцикъ различаетъ общій интересъ отъ общественнаго, понимая подъ первымъ простую сумму идентичныхъ интересовъ всѣхъ участниковъ общаго интереса. Что касается общественнаго интереса, то онъ, по Бернатцику, не простая сумма одинаковыхъ слагаемыхъ, а представляетъ изъ себя извѣстный средній выводъ изъ интересовъ, какъ настоящихъ, такъ и будущихъ членовъ союза. «Онъ сливается съ *среднимъ* интересомъ настоящихъ и будущихъ членовъ союза, но отнюдь не сливается поэтому съ цѣлями отдѣльныхъ членовъ его; онъ можетъ даже враждебно противопостоять этимъ индивидуальнымъ цѣлямъ, въ каковомъ случаѣ послѣднія должны быть принесены въ жертву общественному интересу» [2]).

Такимъ образомъ, въ понятіи «общественнаго интереса» заключенъ моментъ извѣстной самостоятельности цѣлей цѣлаго въ отношеніи къ цѣлямъ отдѣльныхъ частей этого цѣлаго. Однако, какъ указываетъ тотъ же

---

[1]) Bernatzig, Die juristische Persönlichkeit der Behörden. Freiburg, 1890, § 9. S. 68—82. За ними слѣдуютъ Haenel, Еллинекъ и многіе другіе.
[2]) Ibid. S. 73.

Бернатцикъ, эта самостоятельность «общественнаго» интереса не можетъ простираться до того, чтобы послѣдній являлся *чужимъ* въ отношеніи къ интересамъ участниковъ общенія [1]). Таково понятіе общественнаго интереса, и этотъ-то интересъ, согласно господствующей доктринѣ, и является основаніемъ субъективныхъ правъ государства.

Но, прежде всего, не кажется ли само понятіе «общественнаго интереса» немного расплывчатымъ и неопредѣленнымъ. Онъ можетъ расходиться съ интересами участниковъ общежитія, но не долженъ быть для нихъ чужимъ интересомъ. Не заключается ли въ этомъ опредѣленіи извѣстное внутреннее противорѣчіе? Во всякомъ случаѣ опасность такого противорѣчія имѣется на лицо. Она заставляетъ,—по крайней мѣрѣ, должна заставлять—оперировать съ такимъ «двусмысленнымъ» понятіемъ весьма осторожно и въ каждомъ конкретномъ случаѣ тщательно изслѣдовать, можетъ ли оно въ данномъ случаѣ быть примѣнено.

Изслѣдуя примѣненіе этого понятія въ отношеніи къ государству, мы склоняемся къ отрицанію возможности тутъ такого примѣненія. Изслѣдованіе государственно-правовой жизни показываетъ, что *правомѣрные, законные интересы участниковъ государственнаго общежитія слишкомъ разнообразны и болѣе, чѣмъ часто, прямо противоположны, чтобы можно было говорить о какомъ-либо среднемъ выводѣ изъ нихъ.* Если in abstracto и можно было бы, пожалуй, предположить извѣстное компромиссное среднее, какъ выводъ изъ всѣхъ этихъ интересовъ, то de facto этого не бываетъ. De facto, въ жизни дѣятельностью носителей государственной власти реализуются интересы не только чужіе интересамъ отдѣльныхъ группъ населенія, но порой интересамъ большинства населенія, *если только правопорядокъ государства дозволяетъ это.*

Уже одно это общее соображеніе говоритъ противъ конструкціи государства, какъ субъекта правъ. Однако

---

[1]) Ibid. S. 73. Ср. Haenel, op. cit. S. 83.

къ этому соображенію необходимо добавить еще слѣдующее.

Мы уже подчеркивали *активность* объективнаго права въ созданіи субъективныхъ правъ. Но каковъ путь, по которому слѣдуетъ объективное право, создавая интересы, какъ основанія субъективныхъ правъ? *Путь этотъ—разграниченіе двухъ или нѣсколькихъ субъектовъ правъ* [1]). Пояснимъ нашу мысль примѣромъ. Государственная Дума участвуетъ въ законодательствѣ, дѣлаетъ запросы министрамъ и т. д. Является ли это все субъективнымъ правомъ, лежитъ ли въ основѣ всѣхъ этихъ функцій интересъ ея—Думы—или нѣтъ? Наше мышленіе, привыкшее къ персонифицированью государства, какъ особой личности съ особыми государственными интересами, легко можетъ пойти, въ данномъ случаѣ, по тому пути, что увидитъ въ функціяхъ Государственной Думы реализацію интересовъ государственныхъ, а не интересовъ, закрѣпленныхъ объективнымъ правомъ за самой Государственной Думой. Однако такое «aberratio ictu» исчезнетъ, если мы будемъ разсматривать функціи Думы не сами по себѣ, а рядомъ съ функціями Государственнаго Совѣта, Императора, департаментовъ Государственнаго Совѣта, Сената и пр. При такомъ разсмотрѣніи истинная природа функцій Государственной Думы вскроется съ надлежащей ясностью. Эти функціи являются, съ точки зрѣнія права, субъективными правами Государственной Думы, и Государственная Дума имѣетъ интересъ осуществлять ихъ, защищая отъ посягательствъ, съ какой бы стороны посягательства эти ни происходили. *При разграниченіи интересовъ объективнымъ правомъ послѣднее и создаетъ субъективныя права*, и только тогда и чувствуется субъективное право, когда оно сталкивается или можетъ столкнуться съ другимъ субъективнымъ правомъ. Тамъ, гдѣ не можетъ быть столкновеніе, тамъ самая проблема субъективнаго права не можетъ выясниться сколько-нибудь ясно.

---

[1]) Особенно ясно эта мысль развита у *Коркунова*. Лекціи по общей теоріи права. Спб. 1894, стр. 30—48.

На необитаемомъ островѣ единственный житель его Робинзонъ врядъ ли будетъ думать о «своихъ правахъ«. Онъ будетъ спать, гдѣ угодно, ѣсть, что угодно, вовсе не думая о правовой основѣ своихъ поступковъ, хотя бы онъ и имѣлъ вообще понятіе о правѣ, вынесенное изъ своей предшествующей жизни въ культурномъ обществѣ.

Вообще представленіе объ общественномъ интересѣ—слишкомъ широкое и неопредѣленное представленіе. Если смотрѣть въ корень вещей,—такъ весь правопорядокъ въ его цѣломъ (и частное право совершенно одинаково съ публичнымъ) [1]) служитъ общественнымъ цѣлямъ, каждая норма служитъ этимъ цѣлямъ, упорядочивая общежитіе. И каждое правомочное лицо, съ извѣстной точки зрѣнія, несетъ общественную функцію и осуществляетъ «общественный интересъ», отстаивая свои права. Однако въ силу отдѣльныхъ нормъ возникаютъ кромѣ того отдѣльные субъекты правъ, носители опредѣленно-*правовой власти. Можно сказать, всякій участникъ общежитія въ правовомъ государствѣ дышетъ властью въ сферѣ своихъ субъективныхъ правъ,* какъ бы ни была незначительна эта сфера.

Подойдемъ къ вопросу еще съ нѣсколько иной стороны. Представленіе о государственной власти, какъ о власти единой, многіе аргументируютъ еще тѣмъ, что это представленіе естественно вызывается существованіемъ въ каждомъ правопорядкѣ опредѣленныхъ высшихъ носителей власти, своими правомочіями объединяющихъ и завершающихъ единство опредѣленнаго правового строя. «Необходимо,—формулируетъ данную мысль А. С. Ященко въ своемъ послѣднемъ трудѣ [2]),—чтобы существовала власть, которая въ послѣдней, безаппеляціонной инстанціи рѣшаетъ, что право и что не право. Когда возникаетъ споръ о правѣ между ли отдѣльными лицами, между ли частями политическаго союза, между

---

[1]) Мы пользуемся здѣсь общепринятымъ раздѣленіемъ права на частное и публичное. Лично мы однако не можемъ принять этого общепринятаго раздѣленія. Къ сожалѣнію выясненіе нашей точки зрѣнія завело бы насъ слишкомъ далеко.

[2]) «Теорія федерализма». Юрьевъ 1912 г. стр. 196.

ли индивидомъ и политическимъ союзомъ, должна быть опредѣленная инстанція, опредѣленная власть, рѣшающая окончательно спорный вопросъ о правѣ. Наличность такой верховной власти, съ точки зрѣнія формально-юридической, положительно-правовой, есть необходимая политическая идея, неизбѣжный юридическій принципъ».

Мысль, выраженная А. С. Ященко съ такой опредѣленностью, повторяется многими учеными господствующаго направленія. Однако данный «неизбѣжный юридическій принципъ», о какомъ говоритъ А. С. Ященко, совершенно непримѣнимъ въ отношеніи къ дѣйствительности современнаго правового государства. Если анализировать правовую структуру его, учитывая, кромѣ всего прочаго, наличность международнаго права, то приходится признать, что съ *юридической точки зрѣнія* въ современномъ правовомъ государствѣ *нѣтъ такой высшей власти*, о какой говоритъ А. С. Ященко. Очень часто нѣсколько носителей власти приходятъ въ своей дѣятельности къ непримиримому конфликту, рѣшить который *въ рамкахъ права* не можетъ *ни одна власть*. Укажемъ для примѣра на конфликты между монархомъ и палатами, которые могутъ возникнуть на почвѣ бюджетнаго права; далѣе на конфликты, вытекающіе изъ внутренней противорѣчивости текста закона, измѣненіе котораго законодательнымъ путемъ оказывается невозможнымъ въ силу того, что отдѣльные участники законодательной власти (напр., верхняя и нижняя палаты) различно глядятъ на вопросы, наконецъ, на конфликты, вытекающіе изъ международно-правовыхъ нормъ.

Итакъ, конструкція государства, какъ субъекта правъ не нужна. Но этого мало. Она, кромѣ того, еще *вредна*, ибо, только отказавшись отъ нея, можно хорошо и ясно понять смыслъ правового государства. Болѣе того, лишь путемъ такого отказа возможно создать въ человѣческой психологіи представленіе о *государственныхъ отношеніяхъ, единственно отвѣчающее правовому государству*. Всякое право предполагаетъ отвѣтственность за нарушеніе этого права. Каждый разъ, какъ право нарушено, долженъ быть на лицо его нарушитель,

отвѣтственный за его нарушеніе. Это такъ ясно. Между тѣмъ представленіе о государственной власти, принадлежащей государству, какъ цѣлому, мѣшаетъ этой аксіомѣ выявиться во всей ея очевидности. Всякій разъ нарушители права—пользуясь даннымъ понятіемъ и связанными съ нимъ понятіями о «государственныхъ цѣляхъ», о «государственномъ благѣ», о «государственной необходимости» и т. д., и прикрываясь абстрактной государственной властью, создаютъ лично для себя позиціи безотвѣтственности. При нашемъ пониманіи, которое мы считаемъ вправѣ назвать *реалистическимъ*, никакихъ позицій безотвѣтственности быть не можетъ. Всякое нарушеніе права происходитъ не отъ абстрактной государственной власти, а отъ конкретныхъ носителей конкретныхъ полномочій. Здѣсь надо еще повторить сказанное уже раньше, что наша точка зрѣнія значительно упрощаетъ проблемы государственнаго права, устраняя совершенно многіе вопросы, о которыхъ написано столько книгъ, что ихъ трудно перечитать за всю жизнь.

Устраняется, между прочимъ, и самъ вопросъ о взаимоотношеніяхъ права и государства. И въ такомъ устраненіи нѣтъ ничего страннаго: жизнь, вѣчно измѣняющаяся, уже устранила многіе вопросы, вѣками стоявшіе на очереди (напримѣръ, вопросъ о томъ кто выше—церковная или свѣтская власть, вопросъ давшій главное содержаніе политической мысли средневѣковья). Леонъ Дюги въ одной изъ своихъ работъ воскликнулъ: «Государства нѣтъ... Оно умерло!». Да! По крайней мѣрѣ должно умереть представленіе о вышеразобранной, мистической государственной власти, передъ которой (это психологически такъ) человѣкъ чувствуетъ себя какой-то песчинкой, какой-то игрушкой... На смѣну этого понятія государства-левіафана, изъ единаго центра единой властью царящаго надъ всѣмъ, выступаетъ иное понятіе: общежитія, которыми управляютъ исторически сложившіяся нормы поведенія, признанныя въ общежитіи за внѣшне-обязательныя, защищенныя всей общественной организаціей и опирающіяся на эту организацію.

Эти нормы создаютъ рядъ правомочій, но всѣ но-

сители этихъ правомочій, всѣ, могущіе повелѣвать и распоряжаться, получаютъ свою власть отъ нормъ права и не могутъ ихъ нарушать и отвѣтственны за ихъ нарушенія. Всѣ равны передъ безличной силой правовой нормы: монархъ и бѣднякъ нищій, умирающій подъ заборомъ. Пусть это равенство чисто формальнаго характера, *но мы же и изучаемъ проблему чисто формально.* Дѣло самихъ людей, самихъ членовъ общежитія сдѣлать это равенство не только формальнымъ, *создавъ нормы права съ соотвѣтственнымъ матеріальнымъ содержаніемъ.* Но это уже совсѣмъ иной вопросъ.

Намъ могутъ возразить, что, если уничтожить представленіе вышеуказанной государственной власти, будетъ уничтожено и само государственное единство. Если нѣтъ такой власти, если есть лишь множество властей, то, вмѣсто единства, получается множество. Пропадаетъ то, что связывало эти отдѣльныя власти во едино, пропадаетъ, что связывало во едино все государственное общежитіе.

Однако базировать государственное єдинство исключительно или даже главнымъ образомъ не представленіи о надправовой, единственной государственной власти—весьма ошибочно и односторонне. Прежде всего, современное государство представляетъ изъ себя единство не въ силу голаго принужденія какой-либо стоящей выше всего и всѣхъ, одной власти; здѣсь дѣйствуетъ огромный рядъ разнообразнѣйшихъ факторовъ историческихъ, соціально-политическихъ, бытовыхъ и пр. На штыкахъ нельзя основать длительное государственное бытіе; это положеніе стало даже частью народной мудрости. Единство историческихъ традицій, языка, вѣрованій, обычаевъ и пр.—вотъ, факторы, создающіе единство государства. Но главнымъ факторомъ, по крайней мѣрѣ для современнаго государства (или автономной провинціи, или колоніи, или кантона), является, какъ мы уже неоднократно подчеркивали, *сами свойства объективнаго правопорядка, построеніе его такъ, что опредѣленное общежитіе, гдѣ властвуетъ онъ, отдѣляется отъ другихъ, находящихся подъ властью иныхъ правопорядковъ и противопоставляется этимъ другимъ, какъ нѣчто цѣлое.*

Объективный правопорядокъ устанавливаетъ (это общее правило) нѣсколько верховныхъ и центральныхъ носителей власти, правомочія, которыхъ, распространяясь на *все* государственное (или колоніальное, провинціальное, кантональное) общежитіе, за предѣлы этого общежитія (по общему правилу) не выходятъ. Эти носители власти стоятъ во главѣ организацій общежитія. Въ руки этихъ центральныхъ носителей власти представляется, между прочимъ, *установленіе* (подъ условіемъ соблюденія опредѣленныхъ *законныхъ* формъ и подъ условіемъ, опредѣленнаго же закономъ, сотрудничества нѣсколькихъ носителей власти) *новыхъ нормъ объективнаго права* для даннаго общежитія. Носители власти, создавая новыя нормы, дѣйствуютъ на основаніи дѣйствующаго права и своихъ полномочій; создавая новыя нормы, они сами находятся подъ властью права. Но ихъ дѣятельность и ихъ власть, предоставленная правомъ, настолько отграничиваетъ то общежитіе, на которое распространяется ихъ дѣятельность, отъ другихъ общежитій и настолько сплочиваетъ общежитіе въ нѣчто единое, что, хотя представленіе о нѣдѣлимой, естественной надправовой власти будетъ уничтожено, система и организація указанныхъ отдѣльныхъ правовыхъ властей, основанная на единствѣ объективнаго права, съ успѣхомъ выполняетъ объединяющую роль указанной направовой государственной власти. Только вмѣсто этой власти *объединяющимъ факторомъ явится единство правовой организаціи.*

Спора нѣтъ... система властей, вытекающая изъ объективнаго права могла бы быть и такой, что вмѣсто сплоченнаго централистическаго общежитія передъ нами были бы децентрализованныя, анархически соединенныя другъ съ другомъ, коммуны, но современное право и организація властей въ немъ такова, что человѣчество рѣзко разбивается на нѣсколько десятковъ автономныхъ общежитій, съ правопорядками, въ значительной степени противополагающимися другъ другу. И такой порядокъ, насколько мы можемъ судить, обладаетъ солидной крѣпостью и устойчивостью.

Резюмируя содержаніе этой нашей работы, мы счи-

таемъ нужнымъ повторить заключительныя мысли нашей статьи «къ вопросу о субъектахъ международнаго права».

Современное правовѣдѣніе до сихъ поръ въ значительной мѣрѣ, покоится, если можно тахъ выразиться, на дуалистической основѣ. До сихъ поръ большинство ученыхъ, изслѣдующихъ основанія и истоки правовыхъ нормъ, государство и государственную власть ставятъ рядомъ съ правомъ,какъ нѣчто самодовлѣющее. Взаимоотношеніе права и государства, при этомъ—мы видѣли—конструируется различно, но дѣло не въ той или иной конструкціи—дѣло въ самомъ фактѣ дуалистическаго міросозерцанія, невѣрномъ по существу и приводящемъ къ цѣлой массѣ самыхъ неправильныхъ и ирраціональныхъ построеній. Борьба съ этимъ дуализмомъ, во имя монистическаго правового міровоззрѣнія—является, намъ кажется, первой и главной задачей момента—такъ какъ правовое государство, особенно на Западѣ, достаточно выявило свою сущность, чтобы послѣднюю можно было игнорировать.

И, вотъ, въ протестѣ противъ указаннаго дуализма, во имя монистическаго правового міровоззрѣнія, конечный смыслъ и все возможное значеніе данной нашей работы.

Формальные признаки понятія судебнаго признанія въ гражданскомъ процессѣ.

Т. М. Яблочкова.

(Окончаніе).

3. Ст. 112 У. Г. С. выставляетъ еще такой признакъ судебнаго признанія: оно должно быть сдѣлано «*при производствѣ дѣла*» (у мирового судьи). Ст. 479: говоритъ иначе: «*передъ судомъ*».

Рождается вопросъ: является ли необходимымъ признакомъ судебнаго признанія то, что бы оно было сдѣлано передъ *компетентнымъ* судомъ! И какую силу имѣетъ для суда признаніе, данное въ прежнемъ, *уничтоженномъ* (недѣйствительномъ) производствѣ?

Въ старой германской литературѣ укоренилось мнѣніе, что судебное признаніе должно быть дано передъ компетентнымъ судомъ, иначе оно имѣетъ силу лишь внѣсудебнаго признанія [1]).

Противъ этого ученія, обязаннаго неумѣстной романизаціи вопроса [2]), возстали почти всѣ господствующія доктрины въ современной литературѣ. Тѣ ученые, которые разсматриваютъ признаніе, какъ *доказательство*, которому присуща внутренняя доказательная сила, полагаютъ, что признаніе, какъ свидѣтельствованіе объ истинности извѣстныхъ фактовъ, можетъ быть дано у любого судьи. Судья вовсе не долженъ быть призванъ

---

[1]) Ср. *Guyet*. Das fingirte Geständniss. Arch. Pr. Bd. 40 (1857), стр. 168

[2]) Римское право придавало признанію (confessio in jure) силу суд. рѣшенія (confessus pro judicato habetur), а потому требовало, также, какъ и для рѣшенія, для его дѣйствительности *компетентности* судьи. Разъ безъ силы его рѣшеніе, то—безъ силы и самоприсужденіе (sua sententia damnatur), которое дѣлаетъ излишнимъ его рѣшеніе.

къ постановкѣ рѣшенія. Передъ какимъ судьею признаніе ни было сдѣлано, оно все же сдѣлано *передъ судьею* и должно быть предпринимаемо съ требуемой обдуманностью. Вѣдь, то, что придаетъ признанію силу и дѣлаетъ его достовѣрнымъ, то сохраняется и у некомпетентнаго судьи и доказывается его протоколами [1]).

Къ тому же самому выводу, но исходя изъ другихъ соображеній, приходятъ тѣ многочисленные ученые, которые разсматриваютъ судебное признаніе, какъ матеріально-правовую *юридическую сдѣлку* [2]). Исходя отъ этой концепціи, они вполнѣ логично приходятъ къ заключенію, что матеріальная правовая дѣйствительность признанія совершенно независима отъ законности или незаконности самого процесса: признаніе во всякомъ случаѣ вызываетъ правовый эффектъ, хотя сдѣлано въ процессѣ, который былъ уничтоженъ за отсутствіемъ тѣхъ или иныхъ законныхъ предположеній.

Но, съ точки зрѣнія этой матеріально-правовой теоріи, надо было бы итти еще дальше и сдѣлать тотъ выводъ, что признаніе иска, какъ и всякая сдѣлка, имѣетъ *матеріально-правовое* дѣйствіе, т. е. рождаетъ *новое правовое основаніе* для существованія притязанія, выходящее за предѣлы конкретнаго процесса. Мы имѣли бы здѣсь какъ бы новацію: первоначальное исковое домогательство погашено и на его мѣсто становится тоже домогательство, но съ инымъ основаніемъ. Иначе говоря, для того, чтобы исчерпать всю силу присущую «сдѣлкѣ» признанія, не надо даже *новаго* процесса, гдѣ бы было использовано, въ качествѣ матеріала рѣшенія, прежнее признаніе.

---

[1]) *Gönner*. Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Bd. II, Erlangen. 1804, стр. 378; *Dr. S. Gesterding*. Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Th. II, Greifswald. 1827, стр. 98 сл. *Малишъ*, ук. с. 19: «вѣдь, сторона дѣлала признаніе, не зная о некомпетентности, слѣдовательно какъ бы въ нормальномъ производствѣ». Но авторъ дѣлаетъ оговорку: «если признаніе *выводится* судомъ изъ заявленій стороны, т. е. въ формулировкѣ его принимаетъ активное участіе судъ,— некомпетентность суда имѣетъ значеніе, такъ какъ *его* дѣйствія не имѣютъ юридическаго значенія».— Не требуетъ компетентности суда для силы признанія *Итальянскій Кодексъ* (ст. 1356).

[2]) *I. Kohler*. Prozesshandlungen. Zeit. f. Civilpr. XXIX (1901), стр. 36.— *Его-же*: Der Prozess als Rechtsv. Mannheim. 1888, стр. 61: «признаніе, отреченіе, мировая суть частно-правовыя сдѣлки, которыя имѣютъ силу и

До этого вывода и дошли нѣкоторые ученые [1]).

Намъ не мѣсто здѣсь опровергать эту теорію и ея выводы (давно разбитые на голову въ трудахъ O. Bülow, Demelius, Degenkolb и др.) Укажемъ лишь на то, что «логичные» выводы указываютъ на нелогичность самой теоріи. Ибо ясно и безспорно, что, даже съ т. з. оспариваемаго ученія, *процессъ* есть форма для заключенія сдѣлки (признанія), и разъ эта форма кассирована, уничтожается и содержаніе!

Французская доктрина и юриспруденція [2]) держатся другого воззрѣнія и признаніе передъ некомпетентнымъ (ratione materiae) судомъ обсуждаютъ, какъ *внѣсудебное* признаніе.

На почвѣ германской доктрины стоитъ нашъ Прав. Сенатъ. Во многихъ касс. рѣш. [3]) Сенатъ установилъ такое положеніе: Признаніе, сдѣланное по тому же дѣлу въ другомъ производствѣ—прекращенномъ или отмѣненномъ по той или иной причинѣ, напр. по неподсудимости дѣла данному суду—*имѣетъ полную силу судебнаго признанія*, въ смыслѣ ст. 112 и 480, разъ на него сошлется въ компетентномъ судѣ противникъ [4]).

Аргументація Сената такова: «Считая дѣйствительнымъ сознаніе, сдѣланное только у мирового судьи и

внѣ процесса, гражданское дѣйствіе которыхъ не зависитъ отъ правовой дѣйствительности процесса». Всѣ они «den Anspruch aufheben» и тѣмъ самымъ «machen das Urteil *gegenstandslos*».—*Stein-Gaupp.* Kommentar z. Z. P. O., zu § 307 I, *Wach.* Handbuch. I, 571; *Trutter.* Prozess. Rechtsgeschäfte, 127. *A. Nussbaum.* Die Prozesshandlungen.—Fischers Abhanlungen. B. XVII (1908), H. I. стр. 77. И германская судебная практика см. у *A. Wegener.* Ueber Wirkung und Anfechtbarkeit des Klaganerkenntnisses (Diss). Berlin 1906, стр. 27 сл.

[1]) *E. Hölder*, ук. с. Zeit. Civilpr 28, стр. 397: «Obligirungsact». *Wach*, ук. с. Arch. Praxis. 64 стр. 254: «Verpflichtungsgrund». *H. Bayer*, Vorträge über den deutschen gem. ord. Civilprozess. (10 Aufl.) München. 1869, стр. 711: «formeller Verpflichtungsgrund».

[2]) *A Pathomot*, ук. с. 135; Cass. 19 déc. 1877 D. 78. 1. 176.

[3]) Исключеніе составляетъ К. Р. 1874/754. Признаніе было учинено въ волостномъ судѣ, признавшемъ послѣ дѣло себѣ *неподсуднымъ*. М. судья и м. съѣздъ отвергли силу такого признанія. Сенатъ одобрилъ это, съ т. з. ст. 112 и 479 У. Г. С., но допустилъ, что «доказательная сила такого признанія зависитъ отъ суда, рѣшающаго дѣло по существу».

[4]) Въ 1869/855, 308; 1870/1193. 1873, производство было прекращено, вслѣдствіе родовой *неподсудности* дѣла данному суду. Въ К. Р. 1872/625 производство уничтожено *по неимѣнію уполномочія* у повѣреннаго истца. Въ К. Р. 1874/462; 1872/585 Сенатъ разъяснилъ ст. 731 У. Г. С. въ томъ смыслѣ, что «съ принятіемъ отзыва, объясненія сторонъ, данныя на судѣ *до постановленія заочнаго рѣшенія*, не утрачиваютъ значенія».

въ м. съѣздѣ, съѣздъ ограничилъ дѣйствіе ст. 112; между тѣмъ, какъ Правит. Сенатомъ разъяснено уже (68) 371, 571), что статья эта не постановляетъ такого ограниченнаго значенія сознанію, и что содержащіяся въ ней слова: «*при производствѣ дѣла*» даютъ сторонѣ право указывать на сознаніе противной стороны, находящееся вообще *во всѣхъ документахъ, представленныхъ въ судъ къ производству дѣла*». (1869/855). И въ К. Р. 1869/308 та же аргументація: «въ ст. 479 У. Г. С. говорится вообще о признаніи *предъ судомъ*, учиненномъ письменно или словесно».

Другой аргументъ Сенатъ даетъ въ К. Р. 1870/1873: «С. П., уничтожая производство и рѣшенія о. суда со всѣми его послѣдствіями, *отмѣнила* этимъ опредѣленіемъ одни только *неправильныя дѣйствія* самого суда, но она нисколько не уничтожила, да и не могла уничтожить значеніе тѣхъ *доказательствъ*, которыя были представлены сторонами и къ числу которыхъ относится также и признаніе, учиненное кѣмъ либо изъ тяжущихся»[1]).

Итакъ, точка зрѣнія нашего Сената, можетъ быть резюмирована такъ: сила признанія независима отъ дѣйствительности производства, въ которомъ оно сдѣлано. Вѣдь, это—тоже самое дѣло, между тѣми же самыми лицами; съ этой точки зрѣнія, обстановка дѣла для тяжущихся была таже, при которой могло быть дано признаніе съ полной юридическою силою».

Мы лично считаемъ выводы Сената слишкомъ огульными, и аргументы сомнительными. Указаніе въ К. Р. 1869/855 на то, что судебное признаніе обусловлено тѣмъ, что оно имѣется въ «*документахъ представленныхъ въ судъ*» несостоятельно, ибо и *внѣсудебное* признаніе можетъ содержаться въ «документахъ, представленныхъ въ судъ».

Указаніе К. Р 1869/308 на слова ст. 479 У. Г. С. «предъ судомъ» сводится къ «petitio principii», ибо намъ и важно знать—передъ *какимъ* судомъ должно

[1]) Т. е. въ К. Р. 1869/855 Сенатъ требуетъ *ссылки* стороны на признаніе въ уничтоженномъ производствѣ, а въ К. Р. 1870/1873 допускаетъ принятіе его судомъ «ex officio».

быть сдѣлано заявленіе, а объ этомъ въ ст. 479 не говорится.

Наконецъ, утвержденіе, что высшая инстанція всегда отмѣняетъ только «*неправильныя дѣйствія*» суда, невѣрно. Наоборотъ, мы должны исходить изъ того положенія, что съ отмѣною рѣшенія для стороны не преграждается путь *полной* защиты своихъ правъ; въ новомъ производствѣ, къ которому дѣло обращено, сторона можетъ пользоваться *всѣми средствами* иска или защиты [1]).

Мы полагаемъ, что надо различать,—*по какому основанію* уничтожено производство. Мы видѣли выше, что «судебное признаніе», въ смыслѣ ст. 112 и 479 У. Г. С, существуетъ лишь ради *судебнаго рѣшенія*, которому оно служитъ матеріаломъ Мы вообще не можемъ облагать судебное признаніе специфическими послѣдствіями связанности и неопровержимости, разъ нѣтъ юридической возможности дойти до этого «вѣнца» тяжебнаго производства. Разъ уничтожено *производство* (напр. по ст. 584 У. Г. С.) до момента постановленія суд. рѣшенія, признаніе выдыхается въ простое *доказательство*. То есть, оно можетъ сохранить свою силу, какъ средство убѣжденія для судьи, и, конечно, въ большинствѣ случаевъ, судъ съ нимъ будетъ считаться, но ничто не можетъ помѣшать самому тяжущемуся опровергать силу этого доказательства всѣми доступными ему средствами. Совсѣмъ другое мы должны сказать про тѣ случаи, когда уничтожено не производство, а само *судебное рѣшеніе*, постановленное компетентнымъ судомъ (напр. ст. 731 У. Г. С. заочное производство: «По новомъ рѣшеніи дѣла, судъ постановляетъ рѣшеніе, за воспослѣдованіемъ коего прежнее рѣшеніе теряетъ силу») или уничтожено частнымъ опредѣленіемъ производство, начатое вполнѣ законно компетентнымъ судомъ и само по себѣ *способное привести къ судебному рѣшенію*. (ст. 689: «Пріостановленное производство признается уничтоженнымъ, когда въ теченіе *трехъ лѣтъ* со времени его пріостановленія не было подано просьбы о-

[1]) Ср. *Малинина*, ук. с. 21.

возобновленіи онаго». Ст. 691: «Въ случаѣ новаго предъявленія иска, тяжущіеся *могутъ воспользоваться* внесенными въ протоколъ суда, во время прежняго производства, *признаніями противной стороны* и показаніями свидѣтелей, если сіи послѣдніе не находятся въ живыхъ»).

Въ этомъ отношеніи, ст. 731 и ст. 691 имѣютъ то общее, что объясненія сторонъ, данныя на судѣ до постановленія заочнаго рѣшенія (ст. 731) или до момента уничтоженія пріостановленнаго производства (ст. 691) не утрачиваютъ своего значенія. Уничтоженное производство, волею тяжущихся, воспринимается въ процессъ и образуетъ *часть новаго производства* [1]). То же мы должны сказать и въ случаяхъ *кассаціи рѣшенія* 2-ой инстанціи: признанія, сдѣланныя въ прежнемъ производствѣ, сохраняютъ полную свою силу и для новаго производства. Но это— опять таки только въ случаѣ кассаціи по п. 1 и 2 ст. 793 и ст. 794 У. Г. С., т. е. когда объявляется «невозможнымъ признать приговоръ въ силѣ *судебнаго рѣшенія*», но не тогда, когда «нарушены предѣлы вѣдомства и власти, закономъ предоставленныхъ С. Палатѣ» (п. 3 ст. 393). Въ послѣднемъ случаѣ уничтожается не рѣшеніе, по его несправедливости, а—само *производство*, вслѣдствіе некомпетентности суда!

И нашимъ выводамъ не противорѣчитъ ст. 810 У. Г. С., въ силу коей «если рѣшеніе отмѣнено вслѣдствіе нарушенія существенныхъ обрядовъ и формъ судопроизводства, то производство дѣла продолжается *съ того дѣйствія или распоряженія, которое признано поводомъ къ кассаціи рѣшенія*».

Ибо основной принципъ, установленный и закономъ (ст. 810, 811) и Сенатомъ (1872/322, 697, 1023; 1880/129, 141; 1876/248) тотъ, что послѣ отмѣны сенатомъ, въ порядкѣ кассаціи, рѣшенія 2-ой инстанціи, не уничтожается *все предшествовавшее производство* по дѣлу до постановленія кассированнаго рѣшенія; послѣ

[1]) Contra: *Малинин*, ук. с. 22, утверждающій, что признаніе, сдѣланное въ отмѣненномъ производствѣ, не вполнѣ тождественно по силѣ съ судебнымъ признаніемъ, сдѣланнымъ *въ томъ же производствѣ*.

отмѣны онаго, производство въ судѣ 2-ой инстанціи, въ которой дѣло передано для новаго разсмотрѣнія, составляетъ только *продолженіе* предыдущаго производства. Въ какой бы стадіи производства признаніе ни было сдѣлано, оно сохранитъ свою силу, при условіи, конечно, если «нарушеніе обрядовъ и формъ производства», именно, не касалось судьбы самого признанія.

---

4. Ст. 112 и ст. 479 У. Г. С. говорятъ, что «признаніе можетъ быть сдѣлано передъ судомъ письменно, *въ одной изъ бумагъ*, на судъ подаваемыхъ, или *словесно* во время словеснаго состязанія».

Судебная практика установила, что и *внѣсудебное* признаніе можетъ быть сдѣлано письменно и словесно, и, чтобы быть принято въ уваженіе судомъ, должно быть представлено «на судъ». Словесныя внѣсудебныя признанія должны быть доказаны свидѣтелями, письменныя — соотвѣтствующими документами, напр. частной перепиской (1872/48) или официальными актами (1872/186).

Что же мы должны понимать подъ словами «въ одной изъ бумагъ, *на судъ подаваемыхъ*? *В. Л. Исаченко* («Гражд. Проц.» Практ. Комм. на II-ую кн. У. Г. С., т. II, вып. 2, стр. 613) настаиваетъ на томъ, что судебное признаніе, выраженное письменно (ст. 479), можетъ быть сдѣлано лишь въ бумагѣ, адресованной *на имя суда* (состязательныя бумаги, ч. прошенія и пр.), и не можетъ быть сдѣлано въ иной бумагѣ, представляемой, какъ письменное доказательство. Это ограниченіе авторъ выводитъ изъ словъ ст. 479: «*предъ судомъ*», «*на судъ* подаваемыхъ».

Такое узкое толкованіе намъ кажется неправильнымъ. Ст. 112 У. Г. С., ст. 74 Правилъ Суд. ч. Земс. Нач. (т. XVI, ч. 1) и ст. 205 У. С. Т. (т. XI ч. 2) говорятъ обще: признаніе на судѣ можетъ быть сдѣлано «*на письмѣ или изустно*», «*письменно или словесно*». Здѣсь не содержится ограничительной квалификаціи «*на судъ* подаваемыхъ», и потому ей мы не можемъ придавать рѣшающаго значенія и въ предѣлахъ

ст. 479 У. Г. С., въ вопросѣ объ опредѣленіи понятія судебнаго признанія.

И въ самомъ дѣлѣ, если сторона представляетъ суду какой либо документъ *въ защиту своего права* (напр. копіи своихъ частныхъ писемъ противнику) и изъ этихъ актовъ явствуетъ наличность *невыоднаго* для этого тяжущагося обстоятельства, это будетъ, конечно, *признаніе*, въ смыслѣ ст. 479 У. Г. С.! [1]).

И по какимъ основаніямъ утверждать противное? Гдѣ же сказано въ законѣ то, что самъ документъ, содержащій признаніе, долженъ, *въ моментъ его составленія*, быть адресуемъ на имя суда? Несостоятельность критикуемаго нами взгляда явствуетъ и изъ того, что въ конечномъ выводѣ мы получили бы также положеніе: если сторона *устно* заявить суду: «я признаю то-то, и то-то», это будетъ *судебнымъ* признаніемъ, а если она тоже заявленіе подаетъ суду *письменно*, но не «въ бумагѣ, адресованной на имя суда», это—будетъ признаніе внѣсудебное!

Мы полагаемъ, что формально-процессуальное различіе между *судебнымъ* и *внѣсудебнымъ* признаніемъ сводится къ слѣдующему. *Судебное* признаніе, какъ неблагопріятное для исхода дѣла показаніе, должно дѣлаться на судѣ самимъ признающимся. *Внѣсудебное* признаніе на судѣ всегда представляется *противникомъ* признавшагося (ср. К. Р. 1868/571); и если оно или представлено впервые или подтверждено на судѣ самимъ признавшимся, оно въ тотъ же моментъ получаетъ силу признанія *судебнаго*.

Такимъ образомъ, выраженія: «на судъ подаваемыхъ», «предъ судомъ» надо понимать въ томъ смыслѣ, что *во время производства дѣла* признаніе должно быть представлено суду. Если противникъ, во время процесса,

[1]) Конечно, если эта бумага будетъ представлена *другой стороной* для доказательства признанія ея противника,—это будетъ *внѣсудебное* признаніе. *Исаченко*, ук. с. стр. 419, настаиваетъ, что это будетъ—внѣсудебное признаніе даже, если оно представлено стороною въ *защиту* своего права. Ссылка автора на К. Р. 1869/855 невѣрна. Это К. Р. говоритъ о другомъ: о силѣ признанія, сдѣланнаго въ другомъ производствѣ.

но *вић суда* и *безъ его посредства*, сдѣлалъ признаніе противнику, оно не будетъ почитаться *судебнымъ*. Ни одинъ другой органъ юстиціи не уполномоченъ закономъ къ воспріятію и принятію показаній сторонъ, какъ судъ. «*Judici* fit probatio» [1]). Даже присяжные повѣренные, имѣющіе право, въ силу ст. 308 У. Г. С., «показывать другъ другу бумаги по дѣламъ своихъ довѣрителей и передавать копіи ихъ безъ посредства Судебныхъ Приставовъ или Судебныхъ Разсыльныхъ», не могутъ, осуществляя это право, дѣлать другъ другу *судебныя* признанія

Ст. 479 У. Г. С. не предусматриваетъ возможности признанія передъ отряженнымъ *членомъ суда, производящимъ повѣрку доказательствъ*. Германскій С. Р. О. (§ 288) и австрійскій С. Р. О. (§ 266) говорятъ, что суд. признаніе можетъ быть сдѣлано «zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters».

Указанный пробѣлъ въ русскихъ законахъ восполняется въ *Проектѣ У. Г. С.* въ ст. 376 такой редакціи: «признаніе можетъ быть сдѣлано передъ судомъ письменно въ одной изъ бумагъ, въ судъ подаваемыхъ, или словесно во время словеснаго состязанія, *а также при повѣркѣ доказательствъ однимъ изъ судей по порученію суда*. Признаніе, сдѣланное словесно, записывается въ протоколъ» [2]).

Но и при дѣйствіи У. Г. С., надо полагать, что судебное притязаніе возможно, если оно учинено не передъ коллегіальнымъ судомъ, а передъ *членомъ суда*, коему поручено производство повѣрочныхъ дѣйствій.

Такого же мнѣнія и *В. Л. Исаченко*, ук. с. 614; но

---

[1]) Германская юриспруденція толкуетъ § 288 С. О. Р. въ томъ смыслѣ, что признаніе, сдѣланное въ состязательной бумагѣ или въ протоколѣ «Gerichtsschreibers» есть *внѣсудебное* признаніе. *R. Schmidt*, Lehrbuch. (1906), 492. Это положеніе, конечно, не примѣнимо къ условіямъ русскаго процесса, гдѣ состязательныя бумаги адресуются на имя суда и передаются по приказу суда.

[2]) См. *Объясн. Зап.* къ У. Г. С.—Проектъ Высоч. Урежд. Ком. для пересмотра законоположеній по с. части 1894—99 гг. къ ст. 376—381: «такъ какъ дѣйствія такого судьи замѣняютъ собою дѣйствія суда, то и признаніе передъ такимъ судьею должно почитаться также судебнымъ признаніемъ».

мы не можемъ согласиться съ нимъ, когда онъ утверждаетъ, что такое признаніе должно касаться *тѣхъ данныхъ*, собрать и провѣрить которыя поручено члену суда («очевидно, въ собраніи другихъ данныхъ не представляется болѣе никакой нужды»). Такое ограниченіе не оправдывается закономъ! Ст. 503 У. Г. С. говоритъ: «О повѣркѣ составляется протоколъ, съ означеніемъ *всего* происходившаго и оказавшагося». И ст. 376 Проекта У. Г. С.: «признаніе можетъ быть сдѣлано... а также при провѣркѣ доказательствъ однимъ изъ судей по порученію суда». Здѣсь никакого ограниченія *предмета* признанія нѣтъ, а указывается лишь *порядокъ* заявленія суд. признанія!

---

5. Наконецъ, намъ осталось указать на то, что суд. признаніе имѣетъ специфическій, ему присущій эффектъ лишь при томъ условіи, что оно сдѣлано въ *исковомъ* (а не *охранительномъ*!) порядкѣ производства.

Это находитъ себѣ подтвержденіе не столько въ системѣ У. Г. С., гдѣ правила о признаніи (ст. 112 сл., 479 У. Г. С.) помѣщены въ кн. II (а не—IV У. Г. С.), ибо изъ этой системы никакихъ выводовъ по интересующему насъ вопросу сдѣлать нельзя!—а—въ общихъ соображеніяхъ о юридической природѣ и силѣ суд. признанія.

Въ охранительномъ судопроизводствѣ суду нужны предустановленныя закономъ *доказательства*. Суд. же признаніе *освобождаетъ* отъ доказательства, ибо ставитъ спорное обстоятельство *внѣ спора*. Поэтому, признаніе мыслимо лишь въ *исковомъ* порядкѣ производства.

Въ этомъ же смыслѣ высказывался неоднократно и Сенатъ. Родство при отсутствіи метрической записи (ст. 123—124 т. X ч. 1), можетъ быть доказуемо и признаніемъ противной стороны. Но это—только въ *исковыхъ* дѣлахъ (1869/1071; ср. 1875/975). Но при опредѣленіи близости родства въ дѣлахъ объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства, производящихся въ *охранительномъ порядкѣ*, судъ не въ правѣ принимать, въ числѣ доказательствъ родства такіе акты, которые

ст. 209 т. V ч. 1 не предусмотрѣны. Ст. 209 терпитъ распространительное толкованіе (доказательство родства даже *признаніемъ* противной стороны) только въ *исковомъ* порядкѣ производства (1912/69; здѣсь же ссылки на др. К. Р.).

§ 2. *Принятіе признанія (acceptatio).*

Ст. 101 Прав. Суд. ч. земс. нач. (т. XVI ч. 1) и ст. 155^3 (для миров. судей) У. Г. С. (по зак. 15 іюня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда) и ст. 80 Врем. Прав. о вол. судѣ (зак. 15 іюня 1912 г.) гласятъ: «*Въ протоколъ должны быть записаны* всѣ существенныя обстоятельства, какъ-то.... 3)... сдѣланное на судѣ сторонами *признаніе*». Ст. 155^4 У. Г. С. (зак. 15 іюня 1912 г.): «Тяжущіеся, не требовавшіе внесенія въ протоколъ сдѣланнаго противною стороною признанія, *не въ правѣ впослѣдствіи на него ссылаться*, если оно не будетъ внесено въ протоколъ засѣданія».

— Наконецъ, ст. 479 У. Г. С. (для общихъ судебныхъ установленій):... «*если противная сторона желаетъ воспользоваться признаніемъ*, то, по ея просьбѣ, оно должно быть *записано въ протоколъ*».

Въ У. С. Т. (т. XI ч. 2) нѣтъ аналогичной ст. 155^4 У. Г. С. нормы, но, въ силу ст. 114 («въ протоколѣ выслушанныхъ сторонъ означается: 1) существо дѣла, такъ, какъ оно по взаимному объясненію сторонъ представляется») и въ коммерческихъ судахъ признанія должны быть записаны судомъ въ протоколъ *ex officio*.

Выраженія приведенныхъ узаконеній невольно наводятъ на мысль, что необходимымъ условіемъ для перфекціи судебнаго признанія является его *принятіе* (acceptatio) противникомъ признавшагося. Если противникъ «желаетъ воспользоваться» признаніемъ, онъ долженъ эту волю положительно выразить суду; иначе... будетъ лишь одностороннее «предложеніе» со стороны признавшагося, не встрѣтившееся съ соотвѣтствующимъ «принятіемъ» противника, а потому ни для кого не обязательное. И закономъ, какъ будто, и указывается

сама форма этой «акцептаціи»: *требованіе записи признанія въ протоколъ.*

Эта проблема—о необходимости *принятія* признанія и юридическомъ значеніи *запротоколированія* признанія—не случайная принадлежность русскаго права. Она давно извѣстна на Западѣ и породила здѣсь необозримую литературу, въ коей мы видимъ представленными ученыхъ самыхъ различныхъ научныхъ направленій.

1. Мнѣніе, что признаніе должно быть *акцептировано* противникомъ, родилось въ глоссаторской литературѣ на почвѣ неправильнаго толкованія римскихъ источниковъ (l. 6 § 3 D. 42. 2; l. 6 § 3 D. 11. 1),—хотя на самомъ дѣлѣ римскимъ юристамъ не приходило въ голову выставлять требованіе *принятія* признанія, для наступленія его силы [1]). Но въ римскомъ правѣ для confessio *in jure* и въ признаніяхъ на «interrogationes in jure» для понятія признанія (confessio) требовалась наличность *совпадающихъ заявленій* обѣихъ сторонъ. Признаніе было не только неблагопріятнымъ для тяжущагося «утвержденіемъ», но и—*подтвержденіемъ* утвержденій противника [2]). На почвѣ этого ученія родилась идея *договора*, будто лежащая въ основѣ института признанія [3]).

По свидѣтельству *Gönner'a* [4]), въ процессуальной практикѣ германскаго «общаго права» (gemeines Recht),

---

[1]) *O. Bähr.* Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. (Cassel. 1867), 184. *Demelius.* Die Confessio im römischen Civilprozess. Graz. 1880. стр. 34. *Gesterding.* Ausbeute, 106 доказываетъ, что въ римскомъ правѣ и для производства *in jure* и *in judicio* требовалась *praesentia* противника, но это не имѣло другой цѣли, какъ подчеркнуть отождествленіе *res judicata* и *confessio.*

[2]) Вопросъ о томъ, необходимо ли для понятія признанія соотвѣтствующаго содержанію признанія *утвержденія* противника, составляетъ особую самостоятельную проблему, подробному изслѣдованію которой, среди другихъ *матеріальныхъ* реквизитовъ суд. признанія, мы посвятимъ особую работу.

[3]) Ср. *Gesterding.* Ausbeute, 107, допускаетъ теоретическую допустимость требованія *acceptatio*, ибо признаніе есть «ein *dem Vertrage* ähnliche Handlung». Оба противника имѣютъ одну и ту же *волю*: они оба согласны въ извѣстныхъ утвержденіяхъ».

[4]) *Gönner.* Handbuch des deutschen gem. Prozesses. II (1804), 374,—«ob gleich zu den herrschenden Phrasen in Prozessschriften gerechnet werden kann, Geständnisse seines Gegners zu acceptiren».

путемъ судебнаго обычая укоренился взглядъ на необходимость принятія признанія. Этого не требовалъ никакой законъ. Но осторожный адвокатъ не удовлетворялся признаніемъ, а считалъ полезнымъ въ ближайшей бумагѣ «акцептировать» «confessa» противника («bestens», «sachdienlich», acceptiren). «Выгода отъ признанія обезпечивалась въ торжественной выдачѣ формальной квитанціи на ея полученіе» [1]).

Но уже въ самой литературѣ «gemeinen Rechts» теоретики единодушно возстали противъ этой практики, какъ не обоснованной въ законѣ и не могущей быть оправданной общими теоретическими соображеніями. «Признаніе, уже какъ *одностороннее* изъявленіе, имѣетъ полную силу и образуетъ, безспорно, противъ его автора, по крайней мѣрѣ, временно, правовую истину» [2]).

Нѣкоторые старые писатели, однако, натолкнулись на сомнѣніе: мыслимо ли признаніе факта, противникомъ не утверждаемаго, если признаніе имъ и не акцептировалось? Недоумѣніе это оправдывалось теоріей, что признаніе есть *совпаденіе заявленій* противниковъ. Отсутствіе совпадающаго утвержденія (Behauptung) противника должно было бы восполняться послѣдующей *акцептаціей* имъ признанія. Съ точки зрѣнія этого ученія, надо различать: 1) признаніе, какъ сознаніе соотвѣтствующаго утвержденія (Behauptung) противника. Здѣсь acceptatio излишня. «Praecedens rogatio vim habere acceptationis intellegitur». 2) Признаніе есть самостоятельное, по собственному почину предпринятое сознаніе вреднаго для себя факта. Здѣсь перфекція признанія зависитъ отъ того,—пожелаетъ ли противникъ использовать предложенное ему оружіе [3]).

---

[1]) *O. Bülow.* Das Geständnisrecht. 1899, стр. 201.

[2]) *Gönner*, ук. с. 374; *A. Weber.* Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess. Leipzig 1845, стр. 49. *Dr. R. Bolgiano.* Gesammelte Abhandlungen. München 1869, стр. 185: принятія не надо для простого признанія, но при *квалифицированномъ* признаніи, acceptatio необходима, если оно должно проявить полную силу противъ конфитента: ибо здѣсь нѣтъ мѣста предположенію о принятіи.—*H. Bayer.* Verträge (1869) стр. 706: «Изъ того обстоятельства, что противникъ не акцептируетъ положительно признаніе, не можетъ быть заключено объ отказѣ, тѣмъ болѣе, что это было бы и неправдоподобно. Кромѣ того, заявленія одной стороны подвергаются не только оцѣнкѣ и отвѣту противника, но и критикѣ судьи».

[3]) *Bayer*, ук. с. 708; *Bolgiano*, ук. с. 188, требуетъ оффиціальнаго

Но и съ этой оговоркой доктрина о необходимости акцептаціи признанія не получила одобренія среди авторитетныхъ представителей старой литературы «общаго права». Господствующее ученіе осталось вѣрнымъ той точкѣ зрѣнія, что «acceptatio» излишня, даже если признанію не предшествовало соотвѣтствующаго утвержденія противника. Какъ и при юрид. сдѣлкахъ, такъ и здѣсь, господствуетъ правило: ignorantis meliorem conditionem fieri posse». Принятіе признанія можно *предположить*, ибо ни одинъ тяжущійся не будетъ такъ глупъ, чтобы оспаривать благопріятныя для себя заявленія противника [1]).

Но разъ теоретическая мысль стала на этотъ путь, доктринѣ акцептаціи нанесенъ былъ смертельный ударъ. Въ самомъ дѣлѣ, если нѣтъ опредѣленнаго законнаго требованія,—не важно и его исполненіе. Было бы безсмыслицей, если все же его исполненіе желали бы «предполагать». Если же считать существеннымъ это «предположеніе», надо считать необходимой и саму «acceptatio» [2]). Отсюда вытекаетъ, что «предположеніе» принятія признанія есть больше, чѣмъ простая фактическая *презумпція*,—она установлена разъ навсегда и представляетъ изъ себя догматическую *фикцію*. А это

сообщенія признанія противнику: съ этого момента признаніе дѣлается «integrirender Bestandtheil der Akten», и противникъ имѣетъ «jus quaesitum» на пользованіе признаніемъ. *Danz.* Ordentl. Prozess. § 201. *A. Renaud.* Lehrbuch des gem. d. Civilprocessrechts. Leipz. 1867, стр. 247: «если не было предшествующаго утвержденія противника, признаніе столь долго не образуетъ формальной истины, пока противникъ не сдѣлаетъ на него ссылки». *Gesterding.* Ausbeute. 108: «Die Annahme der Geständnisses liegt schon in dem Vorwurf».

[1]) *A. Bethmann-Hollweg.* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1827, стр. 302. *Wetzell.* System des ordentl. Civilpr., стр. 172: ссылаясь (мало удачно!) на римск. пр. (l. 9 pr. D. 11. 1), приходитъ къ выводу: «сила суд. признанія независима отъ *acceptatio* противника, и потому, если фактъ, признанный одной стороной, не былъ передъ этимъ *утверждаемъ* другой стороной, онъ тѣмъ не менѣе долженъ быть на глазахъ судьи фактомъ правдивымъ».

[2]) *O. Büllow.* Das Geständnisrecht. 205: противъ теоріи «ignorantis conditionem *meliorem* fieri posse» можно возразить, что неправильно утверждать, что всѣ дѣйствующіе себѣ во вредъ—глупцы! «Beneficia non obtruduntur»! Иначе мы пришли бы къ выводу, что и *дареніе* дѣйствительны и безъ положительнаго согласія одаряемаго! Ибо можно «предположить», что одаряемый не отвергнетъ дара»!

равносильно объявленію той истины, что этотъ моментъ вовсе не необходимъ въ понятіи признанія! [1])

Для того, чтобы положить предѣлъ всѣмъ колебаніямъ и сомнѣніямъ по этому вопросу, германскій С. Р. О. считаетъ нужнымъ, подражая текстуально § 266 Abs. 1 австр. С. Р. О., положительно оговориться: «Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen *Annahme nicht erforderlich*» (§ 288, Abs. 2 C. P. O.). И таково единодушное мнѣніе не только германской [2]), но и вообще всей научной западно-европейской доктрины [3]).

Но и въ новой литературѣ мы видимъ вновь возникшими тѣ же сомнѣнія, которыя, какъ мы указали выше, не были разрѣшены еще въ старой литературѣ «общаго права». Выраженіе D. C. P. O. (§ 288, п. 1), такъ же какъ и § 266 австр. С. Р. О. («Die von einer Partei *behaupteten* Tatsachen bedürfen insoweit keines Beiweises»...) и § 263 венгерскаго С. Р. О. (1911 г.) («Tatsächliche Behauptungen»...), дало даже положительный матеріалъ для подкрѣпленія того взгляда, что для наличности признанія необходимо соотвѣтствующее *утвержденіе* противника. Мало того, это *утвержденіе*

---

[1]) Ср. *O. Bülow*. Civilprozessualische Fiktionen. Arch. Praxis, 62, стр. 6—9 доказываетъ, что повсюду, гдѣ теорія оперируетъ догматическими *фикціями*,—это есть признакъ того, что желаютъ маскировать что то лживое, и здѣсь поэтому умѣстно болѣе глубокое научное изслѣдованіе.

[2]) *Trutter*. Ueber proz. Rechtsgeschäfte. München 1890, стр. 175: «для перфекціи признанія надо *одно* волеизъявленіе».—*I. Plank*. Lehrbuch des d. Civilprozessrechts. Bd. I (1887), 329: Принятія признанія не надо, ибо признаніе обращено къ *суду*. Но противнику можно совѣтовать *потребовать* занесенія въ протоколъ признанія.—*K. Schneider*. Ueber richt. Ermittl., 44. *R. Schmidt*. Lehrbuch, 490. *Scholmeyer*. Der Zwischenstreit unter den Parteien, стр. 25 (ссылаясь на § 160 C. P. O.: признаніе иска вносится въ протоколъ судомъ *ex officio*!). *A. Wegener*, ук. с. 8 (ссылаясь на правило «*judici* fit probatio). *H. Wittmaack*, ук. с., 56 сл.

[3]) *Dr. E. Schrutka*. Grundriss des Civilprozessrechts. Leipzig 1909, стр. 186. *M. Planiol*. Traité élémentaire. II, стр. 9: «Признаніе есть *средство доказательства*. Оно считается вѣрнымъ потому, что оно противно интересамъ того, кто его дѣлаетъ. Поэтому, оно не нуждается въ томъ, чтобы быть *принятымъ* противной стороной».—*Larombière*. Théorie et pratique des obligations, t. V (1857) 424: признаніе есть простое *засвидѣтельствованіе* факта, и не есть *договоръ*, рождающій «пріобрѣтенное право» на сторонѣ противника. Поэтому, для силы признанія не надо его акцептаціи.—*Baydry-Lacantinerie*. Les obligations, t. III (1905), 979; *Huc*, n°. 347, 351.—*Теоріи акцептаціи* держалась старая французская юриспруденція. См. *A. Pathouot*, ук. с. стр. 70, прим. 1.

(Behauptung) должно быть *длительнымъ*, ибо утверждающій имѣетъ всегда право односторонне взять обратно свое утвержденіе. Т. о., если его «Annahme» и не нужно, то нужно все же его «*non nolle*». Онъ вовсе не можетъ быть принужденъ къ тому, что бы раньше утверждаемые имъ факты были бы *противъ его воли* установлены, какъ основаніе рѣшенія. Онъ можетъ воспрепятствовать этому тѣмъ, что возьметъ свое утвержденіе обратно. Отъ его воли зависитъ,—*состоится ли* («ob... zustande kommt») юрид. сдѣлка, намѣченная признающимся. Его протестъ можетъ привести къ тому, что установленіе утверждаемаго факта не послѣдуетъ [1]).

Наоборотъ, другіе ученые (напр. R. Schmidt) изъ правила § 288 Abs. 2: «Annahme ist nicht erforderlich»— дѣлаютъ выводъ, что «и предшествующее *утвержденіе* противника не обусловливаетъ наличности признанія, (какъ это могло бы казаться изъ § 288, Abs. 1 D. C. P. O), такъ что признаніе можетъ быть введено въ состязаніе даже въ формѣ утвержденія черезъ *одностороннее заявленіе* признающагося (такъ наз. антиципированное признаніе). Это антиципированное признаніе не нуждается еще въ послѣдующемъ *утвержденіи* (Behauptung) противникомъ, чтобы быть дѣйствительнымъ [2]).

Обращаясь теперь къ изложенію нашей точки зрѣнія по разсматриваемому вопросу, мы должны прежде всего замѣтить, что доказывать ненужность и безполезность *принятія* признанія было бы, по истинѣ, ломиться въ открытую дверь! Отвергаютъ это требованіе, какъ мы видѣли, и всѣ современные корифеи процессуальной науки. И если все же этому вопросу отводится такъ много мѣста во всѣхъ сочиненіяхъ о судебномъ признаніи, то это обязано, очевидно, тому, что ученымъ теоретикамъ «поперекъ горла» становилось то

---

1) *I. Trutter.* Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte, München 1890, стр. 376 сл. *O. Bülow.* Das Gest., 196, 212. *Hölder*, ук. с. въ Busch Z. XXVIII, стр. 390, его теорія о юрид. природѣ признанія приближается къ теоріи *юридич. сдѣлки.* Отсюда—и требованіе акцептаціи, въ формѣ *утвержденія.*

2) *R. Schmidt.* Lehrbuch, 490.

опредѣленіе, которое даютъ австрійскій, германскій, венгерскій и другіе процесс. кодексы понятію суд. признанія, въ коемъ они, какъ будто, какъ необходимый реквизитъ, вносятъ «*утвержденіе*» (Behauptung) признаваемаго факта противникомъ. Мы можемъ смѣло утверждать, что даже такіе тонкіе процессуалисты, какъ O. Bülow, R. Schmidt, T. Trutter и др., не съумѣли разграничить этихъ понятій: «*Behauptung*» и «*Annahme*». Смѣшеніе этихъ понятій этими учеными прямо бросается въ глаза! А между тѣмъ, несомнѣнно,—вопросъ объ юрид. значеніи *утвержденія* и *принятіи признанія* составляетъ двѣ особыхъ самостоятельныхъ проблемы, и лишь при строгомъ ихъ разграниченіи можно прійти къ какимъ либо прочнымъ выводамъ. Уже одно то, что указанныя законодательства упоминаютъ объ *утвержденіи* противника (Behauptung) и категорически отрицаютъ юрид. значеніе за *принятіемъ* признанія, показываетъ намъ, что путать эти понятія недозволительно съ научной точки зрѣнія.

А въ этой путаницѣ, повторяемъ, повинны многіе юристы.

Напр. *Trutter*, какъ мы видѣли выше, конструкціи суд. признанія даетъ такую фигуру: *воля* (=признаніе!)—*non nolle* (=противника!) Лишь черезъ «non nolle» противника, волеизъявленіе признающагося дѣлается сдѣлкой (inaequale billateralis). «Противникъ признавшагося можетъ заявить протестъ во всякое время, вплоть до окончанія словеснаго состязанія (и въ апелл. инстанціи!)» (ук. с. 377). А до этого? Неужели же до конца процесса вопросъ о наличности признанія остается открытымъ? А для чего же тогда всѣ законодательства регулируютъ дѣйствіе и судьбу признанія въ теченіе процесса?!

Но *Trutter* сжалился надъ логикой и дѣлаетъ уступку: «противникъ можетъ и раньше завершить юрид. сдѣлку признанія *дачей соотвѣтствующаго волеизъявленія*. И тогда, суд. признаніе дѣлается равномѣрно двусторонней юрид. сдѣлкой (aequale billaterale), и съ этого момента она обязательна и для утверждаю-

щаго, т. е. онъ не можетъ опровергать установленные согласно его воли факты» (ук. с. 378).

Позволительно спросить: а развѣ уже съ момента простого *утвержденія* (Behauptung) противникомъ изв. факта (затѣмъ ставшаго объектомъ *признанія*) не было *воли*, связывающей ея автора? И зачѣмъ же требовать еще добавочное волеизъявленіе на его сторонѣ. У автора, такимъ образомъ, совершенно неясно: съ какого момента *признавшійся* связанъ своимъ признаніемъ [1]).

Повидимому, съ того момента, когда сдѣлка признанія «состоялась», т. е. когда противникъ, или: 1) лишился возможности взять обратно свое утвержденіе (конецъ процесса?) или 2) сдѣлалъ соотвѣтствующее *волеизъявленіе*...

Но что же означаетъ это послѣднее, какъ не, опровергаемое самимъ же авторомъ, *acceptatio* признанія?!

Еще болѣе ярко смѣшеніе этихъ понятій мы видимъ у *R. Schmidt* (Lehrbuch, 490). Какъ мы видѣли выше, изъ нетребуемости принятія (Annahme) Abs. 2 § 288 D. C. P. O.), онъ выводитъ ненужность *утвержденія* (Behauptung).

Съ послѣднимъ мы согласны (и въ особой работѣ, посвященной этому вопросу, мы докажемъ ненужность «*утвержденія*» для понятія признанія самымъ неопровержимымъ образомъ). Но странно слышать такое мнѣніе со стороны комментатора § 288 C. P. O.! Аргументація автора очень шатка, ибо изъ отрицанія необходимости *акцептаціи* (Annahme) признанія отнюдь нельзя заключать о ненужности предшествующаго (или послѣдующаго) *утвержденія* (Behauptung) соотвѣтствующаго обстоятельства дѣла. «Принятіе» и «утвержденіе»

[1]) На стр. 378 *Trutter* говоритъ: «Aber *die Bindung des Gestehenden* an seine abgegebene Willenserklärung tritt nicht erst in dem Moment der Perfektion des Rechtsgeschäfts.. sondern bereits *mit der Abgabe seiner Willenserklärung ein*». Но, вѣдь, перфекціи сдѣлки еще нѣтъ? Какъ же она можетъ связывать сторону?!

(хотя бы послѣдующее!)—два различныхъ явленія и ихъ смѣшивать нельзя [1]) [2]).

Но, съ другой стороны, надо замѣтить, что требованіе (послѣдующаго) подтвержденія антиципированнаго признанія сводится въ сущности къ требованію *акцептаціи* признанія.

Но непонятно, почему суду не дозволить использовать въ пользу одной стороны факты, которые, хотя ею и не «акцептировались», но были приведены противникомъ или выяснены при провѣркѣ доказательствъ. Непонятно, почему судья долженъ быть стѣсненъ въ отправленіи своей задачи—осуществить матеріальное право—тѣмъ, что онъ не смѣетъ принять въ уваженіе фактическія показанія одной стороны, если заразъ они не были подтверждаемы и противникомъ,—почему онъ долженъ быть принужденъ постановлять рѣшеніе *въ пользу* одной стороны, по ея собственному же показанію,—несправедливое! [3])

Такого рода ученіе погрѣшало бы не только противъ закона (см. напр. § 259 D. C. P. O. ст. 339 У. Г. С.), требующаго, чтобы судъ при постановкѣ рѣшенія, принималъ въ соображеніе *весь* фактическій матеріалъ, представленный сторонами,—но и противъ основныхъ и общепризнанныхъ теоретическихъ положеній. Въ самомъ дѣлѣ, для перфекціи признанія вовсе не надо *подтвержденія* его противникомъ, ибо признаніе, какъ и всякое процессуальное заявленіе, адресуется не къ нему, а къ *судьѣ* (*judici* fit probatio!), и если

---

[1]) Болѣе логиченъ (хотя мы и съ нимъ несогласны) *O. Bülow* (Das Gestr. 212 сл.). Онъ отрицаетъ необходимость *принятія* признанія. Но, основываясь на буквальномъ смыслѣ ст. 288 С. Р. О, онъ говоритъ: «совпаденіемъ *утвержденія* и *признанія* опредѣляется моментъ, съ котораго сторона связана своимъ признаніемъ. Если судебное признаніе *предшествуетъ утвержденію* («антиципированное признаніе») противника, то до послѣдовавшаго затѣмъ утвержденія противникомъ, мы не имѣемъ готоваго правово-связывающаго признанія, въ смыслѣ ст. 288—290 С. Р. О.».

[2]) И самъ *R. Schmidt* ниже (стр. 491, прим. 2. 497), не замѣчая самопротиворѣчія, говоритъ: «антиципированное признаніе имѣетъ силу и дѣйствительность лишь «bis auf weiteres»» (т. е. до взятія его обратно). Но иной вопросъ,—*какъ сильно оно дѣйствуетъ*, т. е. при какихъ условіяхъ оно опровержимо». Такимъ образомъ, авторъ, въ концѣ концовъ, приходитъ къ выводамъ *O. Bülow'a* и *D. C. P. O.*: для *полной* силы признанія (опровергаемаго лишь при условіи § 290!), надо *утвержденіе* противника!

[3]) Ср. *Wittmaack*, ук. с. 56—58.

этотъ услыхалъ признаніе,—сила признанія наступила. А если законъ требуетъ, чтобы противникъ такъ или иначе реагировалъ на это признаніе (просьба о записи въ протоколъ), то меньше всего можно усмотрѣть здѣсь что либо похожее на юридическую сдѣлку [1]). Вѣдь, признаніе не есть *предложеніе* (offre, pollicitation), которое ждало бы его *принятія*! [2])

Отрицая необходимость *акцептаціи* признанія, мы въ этомъ отношеніи идемъ, такимъ образомъ, дальше и послѣдовательнѣе, чѣмъ тѣ ученые, которые колеблятся въ тѣхъ случаяхъ, когда признанію не соотвѣтствуетъ *утвержденіе* противника. Мы отрицаемъ необходимость акцептаціи даже въ формѣ *подтвержденія* признанія.

Весьма убѣдительнымъ, на первый взглядъ, представляется *Dr. C. Bolgiano* (ук. с. 185 сл.). Для простого признанія онъ безусловно отвергаетъ необходимость акцептаціи. При *квалифицированномъ* признаніи, акцептація необходима, если оно должно проявить полную силу противъ конфитента. «Ибо, благодаря квалификаціи, нѣтъ мѣста презумпціи принятія признанія».

Напр. признаніе отвѣтчикомъ сожительства въ критическій періодъ времени (вмѣсто утвержденія истицы, ищущей алименты, о сожительствѣ во время, *выходящее* за предѣлы законнаго срока зачатья!). Здѣсь необходима акцептація со стороны истицы, ибо иначе долженъ послѣдовать отказъ въ искѣ, какъ это и слѣдовало «de plano». — Если же истица и отвѣтчикъ — оба указываютъ на различныя, но впадающія въ законный срокъ зачатья, даты сожительства, то признаніе отвѣтчика есть лишь *поправка, болѣе точное опредѣленіе* искового основанія.

---

[1]) Конечно, разъ дѣло идетъ о *самостоятельныхъ притязаніяхъ*, осуществленіе коихъ зависитъ отъ усмотрѣнія противника,—необходимо *послѣдующее подтвержденіе* послѣдняго. Сюда относятся, напр. признанія истца о правахъ отвѣтчика по встрѣчному требованію (exceptio compensationis). или exc⁰. usucapionis, exc⁰. rei judicatae и пр. Ср. *Wittmaack*, ук. с. 55.

[2]) *O. Bülow.* Das Geständr., 217, доказываетъ, что между обоими утвержденіями мы имѣемъ отнсшеніе *Koëxistenz*, а на *Korrespondenz*-verhältniss; а потому здѣсь нѣтъ «pactio duorum in idem placitum et consensus».

Это не есть квалифиц. признаніе, а потому не нуждается въ акцептаціи, для его использованія.

Такова теорія Bolgiano. Мы вполнѣ согласны съ тѣмъ, что если истица *упорствуетъ* на сожительствѣ, напр. въ мартѣ (выходящемъ изъ законнаго срока сожительства), то признаніе отвѣтчика на сожительство въ іюлѣ (входящемъ въ этотъ срокъ!) не можетъ ему, отвѣтчику вредить [1]). Но мы полагаемъ, что въ обоихъ указанныхъ случаяхъ не надо *acceptatio!* Разъ отвѣтчикъ утверждаетъ сожительство въ критическій періодъ времени, мы имѣемъ *признаніе*, и было бы странно отказывать въ искѣ истицѣ. Здѣсь нѣтъ такого измѣненія основанія иска (mutatio libelli), для котораго требовалось согласіе истца!

Обращаясь отъ этихъ общихъ теоретическихъ соображеній къ нашему дѣйствующему *русскому* праву, мы прежде всего должны отмѣтить ту его особенность, отличающую его отъ большинства зап.-европейскихъ кодексовъ (германскаго, австрійскаго, венгерскаго и др.), что оно совершенно не упоминаетъ объ *утвержденіяхъ противника*, какъ предметѣ судебнаго признанія.

D. C. P. O. говоритъ о «*behauptete* Thatsachen» какъ предметѣ разспроса стороны (§ 138: Jede Partei hat sich über die von dem Gegner *behaupteten Thatsachen* zu erklagen) или—признанія тяжущагося (§ 288: «Die von einer Partei *behaupteten Thatsachen* bedürfen insoweit keines Beweises, als sie... zugestanden sind»).

Совсѣмъ иной терминологіи придерживается русскій У. Г. С. *Ст. 314:* «Въ письменномъ объясненіи должно быть выражено положительно: признаетъ ли отвѣтчикъ или опровергаетъ требованія истца и *тѣ обстоятельства, на коихъ* сіи требованія *основаны*». *Ст. 335:* «Предсѣдатель суда и члены, съ разрѣшенія предсѣдателя, могутъ требовать положительныхъ объясненій отъ стороны, выражающейся неясно или неопредѣленно, или же когда изъ словъ ея не видно: признаетъ ли она или отвергаетъ *обстоятельства* или документы,

[1]) Для выясненія отношенія истицы къ этому вопросу судья долженъ воспользоваться *правомъ разспроса* (Fragerecht).

на коихъ основано требованіе или возраженіе противной стороны». *Ст. 480*: «Когда одна изъ сторонъ сама признаетъ *дѣйствительность такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника*, то оно считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ».

Такимъ образомъ, въ русскихъ законахъ нѣтъ даже того ненадежнаго матеріала для ученія о значеніи акцептаціи признанія, который имѣется въ иныхъ зап.-европ. кодексахъ, въ видѣ глухой ссылки на «*утвержденіе*» (Behauptung) противника, какъ предметъ признанія [1]). На Западѣ, какъ мы видѣли, изъ «утвержденія» вывели необходимость по крайне мѣрѣ «*подтвержденія*», а отсюда—одинъ шагъ былъ до идеи *акцептаціи* суд. признанія. Такой ходъ мысли исключается на почвѣ толкованія русскаго У Г. С., ибо, какъ и разъяснилъ Сенатъ, для сущности признанія важно только, чтобы «обстоятельство находилось въ спорѣ» (1870/1398, 1873/1012, 1639), въ томъ смыслѣ, что оно должно «служить *къ утвержденію правъ* противной стороны» (1870/1011; 1886/51; 1896/18).

Нашъ Сенатъ ни въ одномъ кас. рѣшеніи не касался спеціально вопроса объ *акцептаціи*. Этой «проблемы» въ русской практикѣ и не возникало. Но, если бы она и возникла, она была бы, конечно, разрѣшена въ отрицательномъ смыслѣ. Сенатъ, именно, неоднократно разъяснялъ, что «судъ имѣетъ полное право основать свое рѣшеніе на признаніи стороны, *хотя противникъ на это признаніе не указывалъ суду*» (1870/1873). «Судъ можетъ занести признаніе въ протоколъ и принять его въ уваженіе и *помимо заявленія желанія противной стороной воспользоваться* симъ признаніемъ» (1875/712) [2]).

---

[1]) Ср. ст. 153 У. Г. С. (зак. 1914 г.): «При постановленіи рѣшенія относительно неявившихся истцовъ или отвѣтчиковъ, судъ вправѣ принимать во вниманіе доказательства, представленныя при производствѣ даннаго дѣла другими соучастниками, хотя бы *неявившіеся*. въ пользу которыхъ могутъ служить означенныя доказательства, *на нихъ не ссылались*».— Примѣненіе этой нормы возможно, конечно, и въ случаѣ *признанія*, учиненнаго противникомъ неявившагося тяжущагося.

[2]) Въ К. Р. 1868/78; 1875/712; 1871/1120 Сенатъ ссылается на ст. 339: рѣшеніе суда должно быть основано, между прочимъ, и на доводахъ, изъ-

Правда, въ нѣкоторыхъ новѣйшихъ кас. рѣшеніяхъ Сенатъ становится на скользкій и сомнительный путь конструктивныхъ построеній, приведшій и зап. европ. юриспруденцію къ ложнымъ заключеніямъ. Такъ, въ К. Р. 1886/51 и 1896/18 (ср. 1911/51) Сенатъ конструируетъ признаніе, какъ *актъ распоряженія* («отсужденіе части имущества»), и по этому поводу считаетъ нужнымъ вдаться въ дидактическія разъясненія. «Въ виду же того, что *пріобрѣтенныя въ силу этого признанія другою стороною имущественныя права* не могутъ находиться въ зависимости отъ послѣдующихъ измѣненій воли лица, сдѣлавшаго признаніе, то законъ придаетъ послѣднему характеръ безповоротности».

Эта мысль,—очевидно, заимствованная у *Малышева*, Курсъ, I, 303,—сама по себѣ несостоятельная [1]), особенно опасна и въ интересующемъ насъ вопросѣ. *Договорная* идея есть открытый путь къ тѣмъ выводамъ, къ которымъ логично пришелъ, какъ мы видѣли выше, Trutter, T. Kohler, A. Wach, Nussbaum и др. ученые.

Но мы полагаемъ, что въ указанныхъ К. Р., мы не должны видѣть бо́льшаго, чѣмъ неудачный опытъ нашего высшаго судилища на поприщѣ теоретическихъ построеній.

---

2. Мы пришли, такимъ образомъ, къ отрицательному выводу: ни съ чисто-теоретической точки зрѣнія, ни по разуму нормъ русскаго У. Г. С., *акцептаціи* не требуется для перфекціи понятія судебнаго признанія. Но какое же тогда значеніе имѣетъ требованіе закона о *записи признанія въ протоколъ?*

Ст. 155^4 У. Г. С. (для *мировыхъ* учрежд.) и ст. 479 У. Г. С. (для *общихъ* суд. установл.) прямо говорятъ, что «если противная сторона желаетъ *воспользоваться*

ясненныхъ при изустномъ состязаніи. Въ 1878/245 важно то, что «такое признаніе, по мнѣнію суда, служитъ къ разъясненію обстоятельствъ дѣла и обнаруженію истины». К. Р. 1879/64: «ибо разъ учиненное признаніе не можетъ считаться несуществующимъ, если оно записано въ протоколѣ, при дѣлѣ находящемся».

[1]) См. *нашу* статью: «Къ ученію объ основныхъ началахъ гражд. процесса». «Сборникъ» Г. Ф. Шершеневича.

признаніемъ, то, по ея просьбѣ, оно должно быть *записано въ протоколъ*». Если признаніе не записано въ протоколъ, она «*не въ правѣ впослѣдствіи на него ссылаться*».

Прежде чѣмъ сосредоточиться на изслѣдованіи значенія этихъ выраженій, мы должны вкратцѣ ознакомиться съ положеніемъ того же вопроса на Западѣ.

Въ *D. C. P. O.* для общихъ суд. установленій (Landgerichte): § 298:... «sind *auf Antrag* auch Geständnisse... festzustellen», а § 160: «Durch Aufnahme in das Protokole sind festzustellen: [1]) die *Anerkenntnisse*», [т. е. признаніе фактовъ устанавливается протоколомъ по требованію противника, а признаніе иска—*ex officio*]. Для *мировыхъ* судовъ (Amtsrichter) установленіе признанія черезъ протоколъ предоставлено усмотрѣнію судьи («als das Gericht... für angemessen erachtet»), т. е. совершается *ex officio*.

Практическая юриспруденція не придала этой записи въ протоколъ рѣшающаго значенія для силы признанія; и тѣмъ менѣе—*требованію* противника о таковой записи. Но въ тоже время, болѣе осторожные комментаторы C. P. O. указываютъ, что «противнику можно совѣтовать потребовать занесенія въ протоколъ признанія, частью для того, что бы *обратить вниманіе суда* на него, или *обезпечить доказательство* его ученія, частью для того, что бы устранить сомнѣнія касательно *намѣренія* его выразить волю подтвердить признанное, такъ же какъ и устранить сомнѣнія касательно наличности animus confitendi признающагося» [1]) и Рейхсгерихтъ разъяснилъ, что «хотя § 160 C. P. O. и требуетъ, что бы признанія иска должны быть внесены судомъ въ протоколъ ex officio, но этимъ еще не сказано, что заявленія могутъ быть доказаны только *протоколомъ*. Достаточно внесенія его въ *мотивъ суд. рѣшенія* (R. G. Bd. X, стр. 366).

Во французской литературѣ вопросъ о силѣ протокола былъ болѣе жгучимъ, благодаря авторитету *Pothier*, внесшаго въ опредѣленіе понятія суд. признанія

[1]) *I. Plank.* Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. Bd. I (1887), 329

ЮРИДИЧЕСКІЙ КАБИНЕТЪ В. Л. К.

и соблюденіе этой формальности («dont le juge donne acte») [1]). Но господствующая доктрина не усматриваетъ здѣсь («le donné acte») бо́льшаго, чѣмъ простое «preuve authentique» признанія [2]). «Запротоколированіе признанія можетъ быть объяснено иначе, чѣмъ съ точки зрѣнія акцептаціи. Требуя внесенія въ протоколъ признанія, противная сторона не имѣетъ другой цѣли, какъ дать понять судьѣ значеніе, которое она придаетъ ему, *привлечь вниманіе судьи* къ признанію и *констатировать его существованіе* въ точныхъ выраженіяхъ. Но эта формальность не необходима. *Осторожность* требуетъ запротоколированія признанія, но *законъ* этого не требуетъ подъ страхомъ отмѣняемости признанія» [3]).

Итакъ, требованіе «*осторожности*», а не закона, «*совѣтъ*» а — не императивъ, вотъ что составляетъ внутреннее содержаніе указанія закона на необходимость *протокола*! Это имѣетъ громадное практическое значеніе! Если бы запротоколиваніе обусловливало бы собою *перфекцію* суд. признанія, то до этого момента: 1) и признавшійся могъ бы свободно взять обратно свое признаніе, и 2) даже не взятое обратно, оно не связывало бы судъ, для котораго оно сохраняло силу простого доказательства (равную силѣ внѣсудебнаго признанія).

Обратимся теперь къ *русскому* праву. До закона 15 іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда въ законѣ не было постановленія о записываніи въ протоколъ *всѣхъ* словесныхъ объясненій сторонъ. Въ У. Г. С. вообще не было правилъ составленія протокола. Судъ былъ обязанъ составлять протоколъ только въ *положительно* указанныхъ въ законѣ случаяхъ, *по просьбѣ стороны* [4]). Но, съ другой стороны, въ виду ст. 164 Учр. Суд. Уст. («независимо отъ общаго жур-

---

[1]) *Pothier*. Oeuvres. Paris 1848, t. II, n⁰. 830: La confession judiciaire est l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et *dont le juge donne acte*»...

[2]) *A. Pathouot*, ук. с. 69. *Huc*, ук. с. n⁰. 347, 351. *M. Planiol.*, II, 10: «Запротоколированіе признанія не есть актъ принятія, а есть обезпеченіе констатированія признанія путемъ письменности».

[3]) *Larombière*, t. V, 427.

[4]) *В. Л. Исаченко*, т. II, вып. 2, стр. 617.

нала, по каждому уголовному и гражданскому дѣлу составляется особый *протоколъ*, по правиламъ, изложеннымъ въ Уст. Уголов. и *Гражданскаго* Судопроизводства»). судъ не лишенъ былъ права записать въ протоколъ признаніе стороны и тогда, когда противная сторона и *не просила* объ этомъ.

Судебная практика установила такіе принципы, одинаковые и для *мировыхъ* и *общихъ* судебныхъ установленій.

1. Судъ *не обязанъ* записывать, по собственному почину, признаніе въ протоколъ (1871/391, 1874/136, 1872/625), хотя не лишенъ этого *права* (1875/712; 1878/245).

2. Но, если сторона *требуетъ* того, судъ не имѣетъ права отказать въ просьбѣ о внесеніи въ протоколъ признанія противника (1871/287), т. е. составленіе протокола *обязательно*, *при положительномъ требованіи* о томъ противника [1871/391 (сдѣсь же ссылка на др. К. Р.), 1871/890, 1870/1025; 1874/136].

3. Судъ, и не внося признанія въ протоколъ, можетъ использовать его, упомянувъ о признаніи *въ изложеніи обстоятельства дѣла въ самомъ рѣшеніи* (1871/953, 1873/1557). Принятіе основаніемъ рѣшенія такого сознанія, которое не значится ни въ *протоколѣ* Палаты, ни въ протоколѣ о. суда, ниже въ *рѣшеніи* о. суда, составляетъ нарушеніе ст. 480 У. Г. С. и поводъ кассаціи (1869/1043; 1870/1656; 1872/98).

Иначе говоря, суд. признаніе имѣетъ значеніе, лишь при условіи, если оно 1) записано въ *протоколъ*, или 2) упомянуто въ *суд. рѣшеніи*.

Такимъ образомъ, сила ст. 479, *обязывающей* судъ *по требованію стороны*, желающей воспользоваться признаніемъ, записывать признаніе стороны въ протоколъ, практикой Сената была распространена и на *мировыя* суд. признанія.

Принципіально важное новшество въ этой области вноситъ *К. Р. 1887/27*. Здѣсь Сенатъ весьма подробно изложилъ свой взглядъ на порядокъ составленія протоколовъ въ *мировыхъ* и *общихъ* судеб. установленіяхъ. И для тѣхъ и другихъ судовъ установлено общее пра-

вило: если самое заключеніе суда основывается, именно, на словесномъ заявленіи тяжущагося, то это заявленіе *должно быть* записано въ протоколъ. Затѣмъ Сенатъ перечисляетъ тѣ случаи, когда составленіе протокола *обязательно* въ мировыхъ суд. установленіяхъ. Это во-1-хъ, въ случаяхъ, указанныхъ *въ законѣ* (въ томъ числѣ и ст. 112 о *признаніи*!) и во-2-хъ, когда тяжущійся категорически *заявляетъ просьбу* о занесеніи въ протоколъ засѣданія указываемыхъ имъ дѣйствій, происходившихъ на судѣ.

Итакъ, признаніе, долженствующее быть записанымъ въ протоколъ, въ силу ст. 112 У. Г. С., лишь *по требованію сторонъ* (К. Р. 1870/1025, 1873/1557), по новому разъясненію Сената (1887/27), въ силу той же ст. 112 У. Г. С., должно записываться въ протоколъ судомъ *ex officio*.

Каково же *назначеніе* этого протокола? И литература [1]) и практика Сената единодушны въ томъ, что запись въ протоколъ есть только «*вѣрнѣйшій способъ удостовѣренія*» (Энгельманъ), вызванный необходимостью «*сохранить его сльдъ для апелляціонной инстанціи*» (Малышевъ). Протоколъ служитъ «*удостовѣреніемъ дѣйствительности* того, что происходило на судѣ», и важно для высшаго суда, чтобы онъ могъ «впослѣдствіи обсудить, принято ли оно *безъ раздробленія* онаго» (1887/27), и вобще, что бы «при переносѣ дѣла во 2-ую инстанцію, представить оной *полный* матеріалъ» (4 Деп. Прав. Сен., 1894/26).

Наконецъ, — сторона можетъ *доказывать событіе судебнаго признанія не иначе, какъ протоколомъ* (=«письменное удостовѣреніе»). Доказательство суд. признанія свидѣтельскими показаніями не допустимо (1870/137).

Законъ 15-го іюня 1912 г. о преобр. мѣстнаго суда не внесъ въ эту область ничего новаго. Ст. 155^3 и 155^4 У. Г. С. (новеллы!) основаны, и по мысли законодателя, на установившейся суд. практикѣ. Согласно ст. 155^3, «въ протоколѣ *должны быть* записаны всѣ

---

1) *И. Энгельманъ.* Курсъ рус. гражд. судопр. (Изд. 3). Юрьевъ 1912, стр. 295. *К. Малышевъ.* Курсъ, т. I, 301.

существенныя обстоятельства, какъ-то:... 3)... сдѣланное на судѣ сторонами признаніе». А, въ силу ст. 155^4, «тяжущіеся, не требовавшіе внесенія въ протоколъ сдѣланнаго противною стороною признанія, не въ правѣ впослѣдствіи на него ссылаться, если оно не будетъ внесено въ протоколъ засѣданія».

Правило ст. 479 (для общихъ суд. уст.), по содержанію тождественное съ ст. 155^4, осталось не тронутой реформой закона 15 іюня 1912 г.

Итакъ, и для *общихъ* и для *мировыхъ* судеб. установленій нынѣ установлены такія положенія:

1) Признаніе *должно быть* записано въ протоколъ судомъ *ex officio* (ст. 155^3 У. Г. С.) [1]).

2) Если оно не записано *ex officio*, оно *должно быть записано* по требованію стороны (ст. 155^4, ст. 479).

Иначе говоря, ст. 155^4 и ст. 479 совѣтуютъ сторонѣ *напомнить* суду объ его обязанностяхъ, и этотъ совѣтъ тѣмъ болѣе умѣстенъ, что сторона не можетъ ссылаться на такое не завѣренное протоколомъ (т. е. самимъ судомъ) признаніе. Сами заинтересованныя стороны приглашаются закономъ слѣдить за тѣмъ, чтобы протоколъ велся *полно*, и не могутъ *обвинять* судъ въ упущеніи, разъ сами были небрежны.

А часто обвинять судъ и дѣйствительно не въ чемъ! Мы можемъ ожидать отъ суда, что онъ не упуститъ запротоколировать признаніе *ясное* и *категоричное*. Но признаніе иногда бываетъ не прямое, а *косвенное*, *выводимое изъ объясненій тяжущагося*. И здѣсь безусловное требованіе офиціальной записки въ протоколъ при-

---

[1]) Законъ 15 іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда вноситъ въ У. Г. С. новеллы: «*О протоколахъ судебныхъ засѣданій*» (ст. 155^2—155^5). Эти статьи говорятъ только о *мировыхъ* судебныхъ установленіяхъ. Сенаторъ *К. Змирловъ*. У. Г. С. Спб. 1913 г. стр. V говоритъ: «каковыя правила, очевидно, должны быть примѣняемы и *общими судебными мѣстами*». Не смотря на возможность возраженія, мы склоняемся къ тому же толкованію. Оспаривать это мнѣніе значило бы пренебрегать всей тенденціей русской суд. практики къ обобщенію правилъ мировой и общей юстиціи, нашедшей себѣ и выраженіе въ *Проектѣ У. Г. С.* (1894—99 г.), въ ст. 376: «Признаніе, сдѣланное словесно, записывается въ протоколъ». Мы полагаемъ, что въ зак. 15 іюня 1912 г. мы имѣемъ не столько *пробѣлъ*, связавшій бы насъ по рукамъ и ногамъ, а—*неточность* и *нечясность* закона, вслѣдствіе погрѣшности въ систематикѣ,—и это уже можетъ быть исправлено юристомъ-практикомъ путемъ толкованія.

знанія поставить судъ въ невозможное положеніе. И за исполненіе и за неисполненіе этого требованія на него будутъ сыпаться жалобы и справа и слѣва! Требованіе же стороны вызоветъ выясненіе на мѣстѣ о *точномъ смыслѣ* объясненія стороны [1]).

Посему, мы полагаемъ, что правило, установленное въ ст. 155^4 и 479 У. Г. С., вполнѣ разумно. Мы можемъ сдѣлать только упрекъ новому закону въ томъ, что его выраженіе неточно: вѣдь, «*пользуется*» признаніемъ не противникъ, а—*судъ* (judici fit probatio), и посему лучше было бы просто указать на то, что сторона не можетъ *доказывать* событіе и содержаніе признанія иначе, какъ протоколомъ. Совершенно недопустимо, съ т. з. здравой систематики, и помѣщать ст. 155^4, спеціально регулирующую судьбу *признанія*, среди правилъ о составленіи протокола. Этой статьѣ мѣсто въ отдѣлѣ о *признаніи* (ст. 112 и сл. У. Г. С.). Къ тому же, оно казуистично, ибо не только признаніе, но и вообще всякое объясненіе стороны должно быть, по требованіе стороны, помѣщено въ протоколѣ.

Не останавливаясь пока на всѣхъ этихъ внѣшнихъ недочетахъ дѣйствующихъ узаконеній, мы считаемъ нашу задачу выполненной, если доказали, что и по теоретическимъ соображеніямъ, и съ точки зрѣнія толкованія русскихъ законовъ, запись въ протоколъ отнюдь не можетъ считаться за необходимый реквизитъ понятія судебнаго признанія.

Это значитъ, что, если признаніе, сдѣланное во время словеснаго состязанія, и не внесено еще ни въ *протоколъ*, ни въ *рѣшеніе* суда 1-ой инстанціи, оно должно вызвать все же весь присущій ему эффектъ. Оно *неопровержимо* для признавшагося (внѣ условій ст. 481 У. Г. С.), оно *обязательно* для суда, оно исключаетъ «дальнѣйшія доказательства» (ст. 480). Вопросъ о томъ—было ли оно сдѣлано, и каково его содержаніе, можетъ возникнуть, во 1-хъ, еще во время

---

[1]) См. интересный обмѣнъ мнѣній въ Высочайше учр. комиссіи для пересмотра законопол. по суд. ч. (1894—99 г.). *Объясн. Зап.* къ Проекту У. Г. С. стр. 246 сл.

«производства дѣла» въ той инстанціи, въ которой оно сдѣлано,—и когда возникнетъ между сторонами этотъ *споръ*, тогда его нельзя разрѣшать свидѣтельскими показаніями, присягою и т. п. Если судъ *помнитъ* сущность показанія стороны и не внесъ его въ протоколъ по небрежности (имѣя въ виду, напр., внести его въ *рѣшеніе*. Вѣдь, К. Р. 1871/953, 1869/1043; ср. 1870/1656; 1872/98, сохраняютъ свою силу и нынѣ, ибо вполнѣ совмѣстимы со всѣми новѣйшими узаконеніями!) то судъ можетъ въ любое время и въ любомъ положеніи процесса восполнить свое упущеніе,—даже—повторяю—въ стадіи постановки суд. рѣшенія. Если же судъ *не помнитъ* признанія, о коемъ идетъ споръ между сторонами, то только *протоколъ* можетъ его убѣдить,—и никакое другое доказательство въ мірѣ! Нѣтъ записи въ протоколѣ – нѣтъ (и не было) признанія!

Во 2-хъ, если рѣшеніе суда уже постановлено, то споръ о событіи и содержаніи признаніи, затѣваемый во 2-ой инстанціи, можетъ быть ею разрѣшенъ или 1) на основаніи *протокола* засѣданія 1 ой инстанціи, или 2) на основаніи *рѣшенія* 1-ой инстанціи. И здѣсь дѣйствуетъ правило: «quid non est in actis non est in mundo».

Придавая, такимъ образомъ, записи въ протоколъ лишь *доказательное* значеніе [1]), мы тѣмъ самымъ отвергаемъ за этимъ формальнымъ моментомъ какое либо значеніе въ дѣлѣ образованія самого *понятія* суд. признанія. Требованіе противника о записи признанія въ протоколъ, поэтому, менѣе всего можетъ разсматриваться, какъ «*акцептація*» признанія.

§ 3. *Признаніе передъ «противникомъ».*

Къ *формальнымъ* признакамъ суд. признанія мы должны причислить и требованіе, что бы признаніе было сдѣлано *противнику* въ процессѣ; это объясняется процессуальнымъ назначеніемъ этого института: осво-

---

[1]) Это лучше подчеркнуто въ *D. C. P. O.* Въ §§ 160, 298, 509 говорится, что путемъ записи въ протоколъ суд. признанія «sind *festzustellen*».

бождать противную сторону отъ лежащей на ней *onus probandi*. Это требованіе вовсе не предполагаетъ *присутствія* противника во время учиненія признанія [1]), ибо, какъ мы видѣли выше (§ 2), для перфекціи признанія не требуется его *принятія* противникомъ, и судъ обязанъ *ex officio* считаться съ признаніемъ, передъ нимъ сдѣланнымъ [2]).

Тѣмъ самымъ опредѣляется и сила тѣхъ показаній, которыя дѣлаются на судѣ не самими тяжущимися, а *третьими лицами*, или тяжущимися въ пользу третьяго лица. И это вполнѣ согласуется съ процессуально-правовой позиціей, занимаемой «пособниками» и «главными вступщиками». Пособникъ тяжущагося не имѣетъ болѣе правъ, чѣмъ самъ тяжущійся. «Третье лицо» не можетъ заявлять требованій или правъ, несогласныхъ съ требованіями или правами той стороны, совокупно съ которой допущено къ участію въ дѣлѣ (1876/189) [3]).

Т. о., признаніе можетъ имѣть силу «только въ отношеніи *къ нему самому*» (т. е. признающемуся) (1890/66) и только по отношенію къ процессуальному *противнику*.

По отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ внѣ процесса, оно имѣетъ силу лишь безприсяжнаго свидѣтельствованія [4]).

---

[1]) Другое— въ *D. C. P. O.* § 307: признаніе притязанія (Anerkenntnisse) принимаются судомъ въ соображеніе лишь «auf Antrag». А это предполагаетъ уже и *присутствіе противника*. Вотъ почему, *Canstein*, ук. с. Zeit. Civilpr. I, 328 вноситъ въ опредѣленіе «Anerkenntniss»—и формальный признакъ: «*in Gegenwart des Gegners*».

[2]) Въ У. Г. С. «гребованіе» («Antrag») относится къ составленію *протокола* о признаніи, но не къ *судебному рѣшенію* (какъ въ D. C. P. O.!). Поэтому и присутствіе противника излишне. Ср. еще ст. 153 У. Г. С. (зак. 1914 г.).

[3]) Отсюда—выводъ К. Р. 1900/111: Лицо вступившее въ процессъ въ качествѣ третьяго лица (ст. 663) на сторону отвѣтчика, при наличности *признанія* отвѣтчикомъ иска, не можетъ *опровергать* искъ всякими возраженіями, а только въ предѣлахъ ст. 481 У. Г. С.—Но надо принять во вниманіе то, что такая скромная роль, отводимая третьему лицу—ставитъ его въ фальшивое положеніе. Разъ онъ приглашенъ или вступилъ въ дѣло, суд. рѣшеніе дѣлается для него *обязательнымъ*. И это—несмотря на то, что ему былъ заткнутъ ротъ, и сдѣлали отвѣтственнымъ, такимъ образомъ, за чужой актъ признанія! Надо, впрочемъ, замѣтить, что въ новомъ процессѣ онъ можетъ доказывать истинную подоплеку суд. рѣшенія, и снять съ себя отвѣтственность за такой исходъ дѣла!

[4]) *Gesterding*. Ausbeute, 117: «In Beziehung auf einem Dritten ist es kein Geständniss, sondern ein *unbeeidigtes Zeugniss*».

Учитывая сущность и силу судебнаго признанія, а также юридическое положеніе третьяго лица въ процессѣ, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ: во 1-хъ, *побочный вступщикъ* (ст. 663 У. Г. С.) вообще *не можетъ* дѣлать никакихъ суд. признаній. Въ самомъ дѣлѣ, если онъ сдѣлаетъ утвержденіе *въ пользу* того тяжущагося, на сторонѣ котораго оно дѣйствуетъ въ процессѣ, что это не будетъ «признаніемъ», ибо третье лицо и отвѣтчикъ составляютъ *одну* сторону, а «признаніе можетъ служить лишь въ пользу *противника*, а не—соучастника въ дѣлѣ» (1868/178). [Въ этомъ дѣлѣ, третье лицо, привлеченное къ дѣлу отвѣтчикомъ, *признало*, что отвѣтствовать передъ истцомъ обязано оно] [1]).

Если же онъ сдѣлаетъ признаніе *въ пользу противника*, то его признаніе силы не имѣетъ. Напр. отвѣтчикъ—покупщикъ въ искѣ по эвикціи (истецъ утверждаетъ, что часть проданнаго имѣнія уже давно пріобрѣтена имъ по давности), привлекаетъ къ участію въ процессѣ, въ качествѣ третьяго лица, своего продавца. Продавецъ, вступивъ въ процессъ, утверждаетъ, что искомая часть этого имѣнія дѣйствительно задавнена истцомъ. Нарушивъ разъ права своего контрагента внѣ суда,—не хватаетъ еще того, что бы онъ нарушалъ ихъ еще въ процессѣ! Но его показаніе, записанное въ протоколъ, не можетъ считаться *судебнымъ признаніемъ* по отношенію къ эвинцированному отвѣтчику, какъ въ этомъ, такъ и въ будущемъ процессѣ, въ которомъ онъ выступитъ самъ отвѣтчикомъ *по праву регресса*.

Мы считаемъ это положеніе вполнѣ совмѣстимымъ съ тѣми принципами, которые мы установили выше въ § 1.

Въ самомъ дѣлѣ, если его «признаніе» не сыграло рѣшающей роли въ судьбѣ *перваго* процесса,—и имѣло тамъ силу лишь безприсяжнаго свидѣтельства,—то во

---

[1]) Правильно замѣчаетъ *В. Л. Исаченко*, Пр. Ком. II, вып. 2, 656, что, если допустить такія «признанія», то возможны стачки отвѣтчика съ третьими лицами (неимущими!) *во вредъ* истца.

имя чего связывать его *неопровержимой* силой признанія въ будущемъ процессѣ? Если мы признанію самого *тяжущагося*, данному въ одномъ процессѣ, не придаемъ значенія *судебнаго* признанія въ другомъ процессѣ (хотя въ обѣихъ процессахъ обсуждались бы одни и тѣ же вопросы!), то, тѣмъ паче, мы должны сказать то же про признаніе *3-ьяго лица*. Мы должны устеречься отъ того, что бы впасть въ такую непослѣдовательность! Но положеніе 3-ьяго лица будетъ не изъ легкихъ!

Вѣдь, одно изъ двухъ: первый процессъ (по эвикціи) выигранъ или проигранъ. Если эвиктору удалось виндицировать свое имѣніе у отвѣтчика-покупщика, то это суд. рѣшеніе *обязательно* для 3-ьяго лица въ новомъ процессѣ по праву регресса. И это не потому, что онъ «призналъ» въ 1-омъ процессѣ правильность утвержденій истца, а по тому формальному основанію, что онъ въ томъ процессѣ принималъ участіе. Теперь ему приходится считаться не съ «признаніемъ», а уже съ самимъ *судебнымъ рѣшеніемъ*, для него обязательнымъ!

Если же эвиктору не удалось виндицировать свое имѣніе, то, конечно, новаго процесса между покупателемъ и продавцомъ и не возникнетъ.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что *акцессорный* вступщикъ (ст. 663) не можетъ дѣлать признаній на судѣ.

Можетъ ли дѣлать суд. признаніе *главный вступщикъ* (ст. 665)? Процессуальныя права третьихъ лицъ, вступившихъ въ процессъ по ст. 665, одинаковы съ правами первоначальнаго истца (1913/59).

Но здѣсь опять должно проявить свою силу правило, что признаніе можетъ связать лишь ту сторону, которая это признаніе дѣлаетъ. Лишь она «sua sententia damnatur»! Да и практически это важно. Ибо, иначе,—«главный вступщикъ» фигурировалъ бы въ процессѣ въ очень ясной роли: путемъ признаній онъ дарилъ бы спорный предметъ тому, кому ему заблагоразсудится. Поэтому, вредить себѣ онъ можетъ, но вредить другому онъ права не имѣетъ. Его признаніе бу-

детъ имѣть полную силу судебнаго признанія лишь по отношенію къ нему.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что суд. признаніе можетъ быть сдѣлано лишь противникомъ по отношенію къ противнику. Этимъ мы оканчиваемъ наше изслѣдованіе *формальныхъ* признаковъ суд. признанія.

Сила признанія соучастника въ тяжбѣ, повѣреннаго безъ законной довѣренности, одного изъ процесс. представителей, дѣйствіе признанія для преемниковъ по тяжбѣ и т. д.—все эти такіе проблемы, которыя по своей обширности предполагаютъ монографическую разработку института судебнаго признанія, и потому далеко выходятъ за предѣлы темы настоящей статьи.

Теорія правительственныхъ актовъ съ точки зрѣнія ихъ обжалованія передъ Государственнымъ Совѣтомъ во Франціи.

С. П. Покровскаго.

Акты исполнительной власти не обнимаются однимъ понятіемъ административныхъ актовъ. Управленіе не можетъ ограничиваться только выполненіемъ административныхъ актовъ, осуществляемыхъ во исполненіе правовой обязанности и являющихся выраженіемъ юридически связанной дѣятельности государства. За предѣлами этой дѣятельности имѣется обширная область правительственной дѣятельности, которая не можетъ быть, никоимъ образомъ включена въ понятіе административнаго акта. Это—сфера свободной дѣятельности государства, элементъ которой въ области управленія получаетъ названіе правительства. Акты же, осуществляемые правительствомъ въ этой свободной дѣятельности государства, носятъ названіе актовъ правительственныхъ.

Передъ нами, такимъ образомъ, двоякая категорія актовъ исполнительной власти, соотвѣтствующихъ различнымъ полномочіямъ исполнительной власти: управлять (administrer) и править (gouverner). Управлять, это значитъ утверждать постоянное примѣненіе законовъ, надзирать за отношеніями гражданъ съ центральной или мѣстной администраціей или за отношеніями, возникающими между различными административными органами. Править же, это значитъ надзирать за соблюденіемъ конституціи, за функціонированіемъ главнѣйшихъ государственныхъ властей, укрѣплять отношенія

правительства съ палатами и отношенія государства съ иностранными державами [1]).

Уже изъ краткаго опредѣленія двоякаго рода проявленій исполнительной власти можно видѣть, что, если полномочія перваго рода, административныя, могутъ быть опредѣлены правовыми нормами, вслѣдствіе чего все управленіе носитъ признакъ подзаконности, то дѣятельность правительственная проходитъ за предѣлами правопорядка, она не можетъ быть опредѣлена правовыми нормами [2]). То, что является характернымъ для правительственнаго акта вслѣдствіе чего онъ не можетъ быть опредѣленъ правовыми нормами, это—его зависимость отъ случайностей политическаго момента. То что является господствующимъ въ правительственномъ актѣ—это его политическій характеръ.

Эти характерныя черты правительственныхъ актовъ оказали свое громадное вліяніе на то разнообразіе теорій какія имѣются во французской государственно-правовой литературѣ объ этихъ актахъ. Во Франціи, гдѣ въ теченіе столѣтія происходили такія разнообразныя измѣненія во взаимоотношеніи высшихъ государственныхъ учрежденій, естественно, должно было произойти и такое разногласіе въ опредѣленіи правительственныхъ актовъ.

До 1875 г., когда Франція была монархіей въ ней господствующей теоріей правительственныхъ актовъ была теорія, опредѣляющая эти акты по ихъ цѣли. То, что создаетъ правительственный актъ,—это цѣль, которая преслѣдуется имъ. Если его цѣлью была защита государства или правительства отъ внутреннихъ и внѣшнихъ враговъ, то таковой актъ считался правительственнымъ. Такую теорію мы находимъ у большинства государствовѣдовъ монархической Франціи, Дюфура [3]), Вивьена [4]) и въ настоящее время у Батби [5]).

[1]) См. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, т. 2, изд. Paris 1896, 33 стр.

[2]) См. Іеллинекъ, Право соврем. государства, р. п. 411 стр.

[3]) См. Dufour, Traité générale de droit administratif francais appliqué, 3 изд. т. IV, 600 стр. и т. V, 128 стр.

[4]) Vivien. Etudes administratives.

[5]) Batbie, Traité théor. et pratique de droit publique, 2 изд. т. 7, § 389 и сл.

Эта теорія была связана съ ученіемъ о прерогативѣ главы государства—монарха, который считался въ сферѣ своихъ дискреціонныхъ полномочій не подчиненнымъ никакому контролю, ни запросу палатъ. Этими полномочіями онъ облеченъ былъ какъ безотвѣтственный суверенъ. Эту же теорію поддерживалъ при прежнихъ режимахъ и французскій государственный совѣтъ, какъ видно изъ его опредѣленій 1822, 38, 44 и 52 г.г., которыми онъ считалъ за причину отказа въ обжалованіи названныхъ актовъ при превышеніи власти, цѣль, которая ими преслѣдуется [1]).

Въ настоящее время эта теорія, какъ опасная въ правовомъ отношеніи оставлена какъ юриспруденціей, такъ и большинствомъ государствовѣдовъ. Она была оставлена потому, что неминуемо вела къ оправданію правительственнаго усмотрѣнія и злоупотребленій. Правительство, нанося ущербъ правамъ гражданъ, всегда могло избѣжать судебнаго контроля, заявляя, что въ актахъ, которые оно приняло дѣло идетъ о защитѣ внутренней безопасности государства и его самого, что эти акты являются правительственными. При такомъ пониманіи этихъ актовъ нельзя было положить никакихъ границъ понятію правительственныхъ актовъ.

Какъ реакція противъ такого произвольнаго пониманія правительственныхъ актовъ, во французской государственно-правовой литературѣ новаго времени возникаетъ цѣлый рядъ различныхъ теорій, изъ которыхъ однѣ стремятся найти тотъ или иной, но точный критерій для опредѣленія этихъ актовъ, а другія стремятся совершенно уничтожить эти акты, и отнести ихъ къ актамъ политическимъ или конституціоннымъ.

Государствовѣды, признающіе необходимымъ существованіе правительственныхъ актовъ, ихъ точный признакъ находятъ или въ самой природѣ акта или же въ простомъ и формальномъ перечисленіи этихъ актовъ.

Такъ, опредѣляя названные акты по ихъ существен-

---

[1]) См. Lebon, Cons. d'Ét. I-er mai 1821, Laffite; 5 déc. 1838, Duchesse de Saint-Leu; 22 août 1844, Prince Louis-Napoleon; 18 juin 1852, Famille d'Orléans (S. 52. II. 307 и сл.), 9 mai 1867, Duc d'Aumale (S. 67. II. 124).

ной природѣ, Дюкрокъ [1]) Ококъ [2]) Дарестъ [3]) и Лаферьеръ [4]) исходятъ изъ противоположенія правительственной и административной функціи, изъ опредѣленія того. что входитъ въ понятіе правительства и что — въ понятіе управленія. Къ первому, т. е. правительству они относятъ руководство государствомъ въ ея внѣшнихъ и внутреннихъ отношеніяхъ, категорію дѣлъ, называемыхъ Дюкрокомъ, политическими и каковая, по Даресту, конституціей и законами предоставлена суверенной власти безъ всякаго контроля, кромѣ контроля политическихъ учрежденій и общественнаго мнѣнія. Администрація же имѣетъ задачей осуществленіе текущей жизненной дѣятельности государства, укрѣпленіе ежедневнаго примѣненія законовъ. Такимъ образомъ, французскіе публицисты разсматриваемаго направленія исходятъ изъ принципа подраздѣленія исполнительной власти на власть правительственную и административную [5]). Эта точка зрѣнія, опредѣляющая правительственные акты по ихъ природѣ поддерживалась также одно время и государственнымъ совѣтомъ [6]).

Среди новѣйшихъ публицистовъ изложенная теорія не находитъ однако признанія Противъ нея выставляется существенное возраженіе, а именно, невозможность точно разграничить акты правительства отъ актовъ управленія. Невозможность провести такую разграничительную линію между двумя категоріями актовъ повела къ тому, что создался цѣлый рядъ теорій, совершенно отрицающихъ существованіе правительственныхъ актовъ.

Мнѣніе представителей этихъ теорій покоится или на томъ, что теорія правительственныхъ актовъ являет-

---

[1]) Ducrocq. Cours de dr. admin. etc. 7 изд. т. I.
[2]) Aucoc, Conférences, т. I, 3 изд. 92 стр.
[3]) Dareste, La justice administrative, 2 изд. 218 стр.
[4]) Ibidem.
[5]) Это дѣленіе поддерживается въ рус. литер. проф. И. Т. Тарасовымъ, см. И. Т. Тарасовъ, Лекціи по полицейскому (административному) праву. Москва 1911, т. 2 ч. общ. 6 стр. Ср. И. Т. Тарасовъ, Учебникъ науки полицейскаго права. Москва 1891, в. I, § 17, 35 стр. также проф. Н. М. Коркуновъ, Русское государств. право, изд. 5-е, Спб. 1905 г. т. II, часть особ. ср. §§ 19 и 29.
[6]) См. Cons. d'Ét., 19 févr. 1875, Prince Napoleon Bonaparte, S. 75. II. 91.

ся безполезной и ненужной [1]), или на томъ, что дѣленіе актовъ на правительственные и административные, является искусственнымъ и предназначеннымъ къ извиненію произвольныхъ мѣръ [2]), принимаемыхъ правительствомъ въ отношеніи къ подданнымъ, или, наконецъ, нужно воздержаться отъ употребленія этого выраженія «правительственные акты» потому, что оно часто даетъ поводъ къ смѣшенію и является неточнымъ и должно быть по мнѣнію Дюги [3]) замѣнено болѣе точнымъ названіемъ этихъ актовъ «актами политическими». Въ одномъ изъ своихъ послѣднихъ трудовъ Дюги идетъ уже дальше: онъ прямо считаетъ, что развитіе государственнаго права во Франціи привело къ тому, что болѣе не существуетъ правительственныхъ актовъ [4]).

Наиболѣе радикальнымъ изъ мнѣній, отрицающихъ правительственные акты, является мнѣніе проф. Жеза, который, классифицируя акты правящихъ и агентовъ [5]), не находитъ въ этомъ перечисленіи актовъ, которые можно было бы квалифицировать какъ акты правительства. Въ ихъ существованіи онъ склоненъ видѣть слѣды старыхъ теорій объ античномъ смыслѣ государства. Что же касается до современнаго ученія о правѣ и государствѣ, то существованіе правительственныхъ актовъ находится, по его мнѣнію, въ противорѣчіи съ нимъ. Онъ удивляется, что такое положеніе вещей, при которомъ цѣлый рядъ актовъ избѣгаетъ всякаго обжалованія и при совершеніи которыхъ правительство ставитъ себя выше законовъ, могло просуществовать до нашей эпохи [6]).

Исключая эти крайнія мнѣнія Жеза и Дюги, мы видимъ во всѣхъ остальныхъ мнѣніяхъ, отрицающихъ

---

[1]) См. проф. Michoud, Des actes de gouvernement въ Annales de l'Enseignement superieure de Grenoble, 1889, t. I, 265 и сл. ср. 56 стр. его же оттиски «Les actes de gouvenement» то же prof. Brémond, Des actes de gouvernement въ Revue de Droit public, 1896, т. I, 23 стр.

[2]) См. проф. Berthelemy, Traité, н. изд. 1911 г. 102 стр.

[3]) Duguit, Le droit constit. ch. 2 § 41, 278—279 стр. р. пер

[4]) L. Duguit, Les transformations du droit public. Paris 1913, 205 стр.

[5]) См. Jèse, Les principes de droit administratif. 55 и 72 стр. крайнимъ является мнѣніе и проф. R. Jacquelin, см. Les principes dominats etc. 299 и сл. стр.

[6]) Ibidem, 107—108 стр.

правительственные акты, одно общее стремленіе—поставить на мѣсто понятія отвергаемыхъ актовъ другое понятіе съ содержаніемъ или болѣе общимъ или болѣе узкимъ. Это понятіе правительственныхъ актовъ включаютъ въ другое, обнимаемое, то актами порядка конституціоннаго, то актами политическими, то актами суверенитета. Эти акты суверенитета противопоставляются въ полномочіяхъ президента актамъ административнымъ и профессоромъ Моро [1]), который въ лицѣ президента видитъ, главнымъ образомъ, высшаго администратора.

Обращаясь къ вопросу о томъ, какъ смотрятъ представители указанныхъ доктринъ, отрицающихъ правительственные акты въ теоріи и признающіе однако ихъ фактическое существованіе, на допустимость ихъ обжалованія передъ государственнымъ совѣтомъ, мы наблюдаемъ далеко не однообразное рѣшеніе вопроса.

Бертелеми, подходя къ рѣшенію вопроса съ точки зрѣнія принятаго имъ дѣленія полномочій президента республики на конституціонныя и административныя, признаетъ только акты перваго рода не подлежащими по особому ихъ характеру обжалованію объ отмѣнѣ передъ совѣтомъ. Но эти акты, а равно и условія ихъ выполненія точно опредѣлены конституціей. Это опредѣленіе исключаетъ понятіе правительственныхъ актовъ. Кромѣ дѣлъ военныхъ къ этимъ послѣднимъ, по его мнѣнію, могли бы быть причислены «нѣкоторыя мѣры внутренней безопасности государства». Но это выраженіе настолько эластично, что имъ нельзя довольствоваться. Но если эти мѣры сообразны съ закономъ, то тогда Бертелеми не видитъ основанія, почему нужно дѣлать различіе между ними и между административными актами, черезъ которые происходитъ выполненіе законовъ. Если же, напротивъ, онѣ не сообразны съ закономъ, то, по его мнѣнію, не видно никакого правового основанія, которое уполномочивало бы главу государства къ ихъ принятію, а если онѣ приняты, то знаменитый профессоръ не ви-

[1]) Moreau, Précis de Droit Constit. Paris 1892, 349 стр.

дитъ никакой правовой нормы, которая могла бы избавить эти акты отъ обжалованія передъ совѣтомъ объ ихъ отмѣнѣ при превышеніи власти.

Дюги, воздерживаясь отъ употребленія названія правительственныхъ актовъ, какъ понятія неточнаго и дающаго поводъ къ смѣшеніямъ, дѣлитъ, подобно Бертелеми, всѣ акты на политическіе и административные, разумѣя подъ первыми изъ нихъ акты, касающіеся отправленій и отношеній политическихъ органовъ и дѣйствія, которыя одни изъ нихъ производятъ на другихъ (контроль парламента надъ правительствомъ, избраніе президента республики, созывъ и отсрочка и закрытіе парламента и т. п.) [1]). Въ отношеніи къ вопросу объ обжалованіи этихъ актовъ передъ совѣтомъ Дюги стоитъ на той же позиціи, какъ и Бертелеми.

Какъ мы уже видѣли, наиболѣе крайнимъ изъ мнѣній по вопросу о правительственныхъ актахъ нужно признать мнѣніе Жеза. Классифицируя акты правящихъ и агентовъ [2]), онъ не находитъ въ этомъ перечисленіи актовъ, которые можно было бы квалифицировать какъ акты правительства. Потому, разсматривая эти акты, Жезъ не находитъ въ ихъ существенной природѣ ничего, что могло бы избавлять эти акты отъ обжалованія передъ государственнымъ совѣтомъ при превышеніи власти президента республики, издающаго эти акты. Въ томъ обстоятельствѣ, что эти акты избѣгаютъ подобнаго обжалованія, онъ видитъ слѣды старыхъ теорій объ античномъ смыслѣ государства. Не находя въ своемъ перечисленіи подобныхъ актовъ, Жезъ [3]) не видитъ логическаго смысла для того, чтобы наносить ущербъ общей системѣ обжалованій объ отмѣнѣ актовъ Но считаясь, однако, съ самымъ фактомъ существованія правительственныхъ актовъ, избѣгающихъ всякаго обжалованія актовъ, при совершеніи которыхъ правительство и административные агенты ставятъ себя выше законовъ, когда они желаютъ избѣгнуть всякаго

---

[1]) См. Manuel, § 41.
[2]) См. Jèse, Les principes, 55 и 72 стр.
[3]) Ibidem, 107—108 стр.

обжалованія передъ судебными учрежденіями, хотя бы эти акты и наносили бы управляемымъ ущербъ и были бы незаконны. Жезъ находитъ такое положеніе вещей противорѣчущимъ современнымъ идеямъ о правѣ, оно кажется ему нестерпимымъ скандаломъ. Онъ удивляется тому, что такое положеніе вещей могло просуществовать до нашей эпохи.

По мнѣнію проф. Мишу и Бремонда [1]) нѣтъ никакой нужды ссылаться для всѣхъ актовъ, которые фигурируютъ въ качествѣ актовъ правительственныхъ, на это ихъ спеціальное качество для того, чтобы создать изъ нихъ категорію актовъ, не допускающихъ обжалованія передъ государственнымъ совѣтомъ. По ихъ мнѣнію, уже по различнымъ мотивамъ, каждый изъ этихъ актовъ избѣгаетъ этого обжалованія и потому создавать изъ этихъ актовъ отдѣльную категорію актовъ правительственныхъ было бы безполезной ошибкой. Безполезно, напримѣръ, они полагаютъ, объявлять такіе акты, какъ декреты о созывѣ и отсрочкѣ палатъ, актами правительственными для того, чтобы они не могли быть допущены никакому обжалованію передъ госуд. совѣтомъ съ цѣлью ихъ отмѣны. По мнѣнію названныхъ авторовъ, прежде всего не существуетъ такой юридикціи, передъ каковой можно было бы принести подобное обжалованіе. Нѣтъ такой организаціи, которая была бы приспособлена для рѣшенія подобнаго конституціоннаго спора между исполнительной и законодательной властями. Кромѣ того, нѣтъ того, кто могъ имѣть дѣеспособность принести подобное обжалованіе. Что же касается до палатъ то онѣ не могутъ имѣть такого качества истца. Будучи юридическими лицами, онѣ не могутъ преслѣдовать судебнымъ порядкомъ. Вслѣдствіе такихъ заключеній, по мнѣнію названныхъ авторовъ, сама сила вещей избавляетъ эти акты отъ всякаго обжалованія.

---

[1]) См. Michoud, ц. ст. 56 стр. и Bremond, Traité, 59 стр. § 701 и ц. ст. Des actes de gouvernement, ibidem.

Установленіе правильности критерія правительственныхъ актовъ.

Выше мы видѣли, что теоріи, опредѣляющія правительственные акты по ихъ побудительной причинѣ признаются несостоятельными съ правовой точки зрѣнія; онѣ могутъ при извѣстныхъ условіяхъ привести къ произволу правительства. Кромѣ того, теперь уже кажется установленнымъ, что политическая цѣль акта исполнительной власти не можетъ сдѣлать его актомъ правительственнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, обращаясь къ практикѣ государственнаго совѣта, мы видимъ, что цѣль, которую приписывало правительство такъ называемымъ правительственнымъ актамъ, весьма видоизмѣнялась въ зависимости отъ режима, который существовалъ во Франціи, отъ тѣхъ понятій объ общественной безопасности, которыя существовали въ тотъ или другой моментъ у правительства. Такъ извѣстно, что при третьей республикѣ общественная безопасность направилась противъ фамилій, нѣкогда царствовавшихъ во Франціи, противъ принцевъ Орлеанскихъ и противъ потомковъ семьи Бонапарта. Словомъ, эта теорія актовъ правительственныхъ актовъ опредѣляется той непостоянной, измѣнчивой политикой, которая не имѣетъ, въ сущности говоря, юридическаго критерія. Государственный совѣтъ, начиная съ случая происшедшаго съ нѣкогда царствовавшими во Франціи фамиліями, потомки коихъ были военнымъ министромъ вычеркнуты изъ списка арміи въ 1884 г. и еще ранѣе въ 1845 году съ аналогичнымъ случаемъ съ принцемъ Наполеономъ, вычеркнутымъ изъ военнаго ежегоднаго отчета, призналъ на будущее время, чтобы болѣе правительство не стремилось избавить отъ его вѣдѣнія «акты выполненные съ политическимъ намѣреніемъ» [1]).

Эту теорію нужно въ настоящее время считать

---

[1]) C. d'Ét. 19 fevr. 1875, S. 75. II, 95 и C. d'Ét., 20 mai 1887, S. 89. III. 19.

оставленной, какъ государственнымъ правомъ Франціи такъ и практикой государственнаго совѣта [1]).

Что касается до теорій, которыя характеризуютъ указанные акты по ихъ существенной природѣ, то эти теоріи страдаютъ также, какъ и предшествующія, весьма большой неопредѣленностью какъ въ отношеніи къ формѣ актовъ, такъ и въ отношеніи къ ихъ содержанію. Неопредѣленность критерія со стороны содержанія заставляетъ уже Лаферьера [1]) дополнить свое общее разсужденіе о функціи правительственной и административной властей перечисленіями этихъ правительственныхъ актовъ, относя къ нимъ спеціальную категорію актовъ исполнительной власти, избѣгающихъ по самой ихъ природѣ всякаго обжалованія передъ совѣтомъ; эти акты касаются: 1) отношеній правительства съ палатами, 2) нѣкоторыхъ мѣръ внутренней безопасности государства, 3) внѣшней безопасности государства и болѣе общимъ образомъ, отношеній дипломатическихъ и 4) военныхъ дѣлъ. Однако и въ средѣ этой классификаціи, Лаферьеръ стремится намѣтить путемъ перечисленія сферу каждой изъ названныхъ четырехъ категорій. Къ этой болѣе подробной классификаціи, Лаферьеръ, а также и другіе виднѣйшіе французскіе государствовѣды, Ококъ, Дарестъ, Дюкрокъ и Оріу, обращаются вслѣдствіе невозможности провести пограничную черту между названными актами и актами административными. Эта невозможность точнаго разграниченія двухъ категорій актовъ побудила, какъ мы видѣли, Бертелеми и Дюги отнести ихъ къ категоріи актовъ конституціонныхъ или политическихъ.

Различіе функцій правительственной и административной, не даютъ, по ихъ мнѣнію, того элемента, который позволилъ бы различить правительственный актъ отъ обыкновеннаго административнаго акта. Затрудненіе и невозможность найти такой формальный критерій происходитъ, говоря словами Оріу [2]) отъ того, что «если въ самой себѣ правительственная функція и от-

---

[1]) La ferrière, н. с. т. 2 посл. изд. стр 32 и сл. стр.
[2]) См. Precis, 7 изд. 76 стр.

лична отъ функціи административной, зато на простомъ примѣрѣ нашей конституціи выясняется, что тѣ же самые органы безразлично обременены двумя функціями и что не имѣется ни спеціально-правительственнаго органа, ни спеціальной процедуры, которая примѣнялась бы единственно къ правительственнымъ органамъ, И, именно, нельзя квалифицировать какъ акты правительственные всѣ акты, обсужденные въ совѣтѣ министровъ или всѣ акты исполнительной власти, одобренные порядкомъ дня палатъ». Точно также, нельзя полагать, что можно найти акты правительственные только между актами главы государства и актами министровъ. Но изъ практики государственнаго совѣта мы знаемъ случаи, когда за актами префектовъ и губернаторовъ колоній признавался характеръ актовъ правительственныхъ [1])

Но вопросъ о формальномъ недостаткѣ критерія правительственныхъ актовъ не можетъ быть въ сущности поставленъ въ упрекъ вышеуказаннымъ теоретикамъ государственнаго права. Стремленія найти такой критерій правительственныхъ актовъ и не могли закончиться успѣшно въ силу приведенныхъ соображеній. При отсутствіи яснаго формальнаго обозначенія законнымъ путемъ тѣхъ актовъ, которые могли бы быть причислены къ актамъ правительственнымъ, можно, при такомъ опредѣленіи формальныхъ признаковъ, впасть въ произвольное обозначеніе такихъ признаковъ.

Такимъ образомъ, обозначеніе такихъ формальныхъ признаковъ въ сущности говоря безцѣльно и не можетъ привести къ какимъ-либо положительнымъ результатамъ. Таково мнѣніе Оріу, который совершенно отвергаетъ формальный критерій правительственныхъ актовъ и находитъ возможнымъ отыскать правильный критерій только со стороны содержанія, со стороны спеціальнаго объекта этихъ актовъ.

Съ этой стороны имѣется, по его мнѣнію, больше

---

[1]) См. Cons. d'État, 18 марта 1899 г., генеральный совѣтъ Сенегала призналъ качество акта правительства за распоряженіемъ губернатора колоній цит. по Оріу, ibidem.

шансовъ для рѣшенія вопроса о правительственныхъ актахъ, но при условіи приступить къ тому съ крайнимъ благоразуміемъ, ибо очень тяжелая задача, чтобы избавить эти акты отъ обжалованія передъ государственнымъ совѣтомъ и черезъ то самое отъ наблюденія законности. Стремясь найти этотъ критерій со стороны предмета, проф. Оріу прежде всего усматриваетъ большое неудобство во мнѣніяхъ, разграничивающихъ правительственную и административную функціи.

Это неудобство состоитъ въ отсутствіи точнаго критерія. Въ самомъ дѣлѣ область различія правительства и администраціи весьма неопредѣленна, трудно сказать, гдѣ останавливается двигатель исполнительной власти и гдѣ начинается администрація, органы, обязанные къ передачѣ правительственныхъ распоряженій.

Находя существующія теоріи, опредѣляющія правительственные акты по содержанію неточными, проф. Оріу самъ приходитъ, въ сущности говоря, почти къ тому же формальному критерію, который имъ признанъ за недостаточный. «Если формулы, которыми можно опредѣлить правительственную функцію недостаточны, то, по его мнѣнію, имѣется только одно средство, которое состоитъ въ томъ, чтобы дѣйствовать *перечисленіемъ*. Имѣются извѣстные акты, листъ которыхъ будетъ извѣстенъ, которые будутъ по природѣ актами правительства и будутъ таковыми во всѣхъ случаяхъ. Этотъ листъ будетъ ограниченъ. Установленіе этого листа есть рѣшеніе, на которомъ останавливались. Можно сказать, что доктрина здѣсь работаетъ вмѣстѣ съ судопроизводствомъ... Въ заключеніе, актомъ правительства является тотъ, который фигурируетъ въ извѣстномъ перечисленіи актовъ политическихъ, составленномъ административной юстиціей трибунала конфликтовъ» [1])

Таково изъ всѣхъ опредѣленій французскихъ государствовѣдовъ, которое можетъ быть признано, какъ единственный выходъ изъ столь запутанныхъ контроверзъ, опредѣленіе, которое можетъ быть признано единственно отвѣчающимъ современнымъ ученіямъ о

---

[1]) Hauriou, н. с. 78 стр.

правѣ и правовой связанности государства. Несомнѣнно, такое перечисленіе актовъ опредѣляетъ какъ права правящихъ, такъ и обязанности управляемыхъ и вслѣдствіе многочисленныхъ сокращеній, которымъ подверглись эти акты къ нашему времени во французскомъ государственномъ правѣ и точному ихъ перечисленію они не могутъ больше нанести произвольнаго ущерба правамъ управляемыхъ со стороны правительственной власти. Каковы же эти акты, которыя фигурируютъ въ извѣстномъ перечисленіи, какъ акты правительственные? Это суть акты слѣдующихъ шести категорій:

I. Акты, касающіеся отношеній правительства съ палатами, къ каковымъ относятся, декреты о созывѣ и отсрочкѣ двухъ палатъ, декреты о роспускѣ палаты депутатовъ, декреты о промульгаціи законовъ, рѣшенія, которыми министръ отказываетъ представить проектъ закона отъ имени правительства по данному дѣлу [1]).

II. Извѣстныя мѣры внутренней безопасности государства, декреты, устанавливающіе осадное положеніе, декреты, изданные по дѣлу санитарной полиціи.

III. Акты, касающіеся внѣшней безопасности и главнымъ образомъ, дипломатическихъ отношеній [2]).

IV. Дѣла военныя, если они вызваны непосредственной необходимостью борьбы [3]).

V. Декреты о помилованіи [4]).

VI. Постановленія губернаторовъ колоній, измѣняющія законное положеніе колоніальныхъ территорій, преобразовывающія, напримѣръ, участіе колоніи въ территоріи протектората [5]).

VII. Аннексіи территорій и акты, которые регулируютъ ихъ слѣдствія [6]).

Такое ясное опредѣленіе актовъ правительства, за-

---

[1]) Cons. d'Ét., 17 fevr. 1888, Prevost; 15 nov. 1896, Jacquot.

[2]) Ср. Laferrière, н. с. т. II, стр. 46 и сл. См. Cons. d'Ét., 12 февр. 1904 г. Bachatori, acte du consul et du ministre retirant à un étranger le bénefice de la protection française.

[3]) Ср. Laferrière, op. cit. т. II стр. 53 и сл. Cons. d'Ét. 22 февр. 1907 г., Le Chartier.

[4]) Cons. d'Ét. 30 іюня 1893, Gugel, S. 95. 2. 41 et note Hauriou.

[5]) Cons. d'Ét. 18 марта 1898, Conseil général du Senegal.

[6]) Cons. d'Ét. 5 авг. 1904, Dame Ravero; 1905 г. 3 марта, Maude; 5 іюля 1907 г., Humbolt. см. Hauriou, Précis, изд. 1914 г. 80—18 стр.

ключеніе ихъ въ извѣстныя рамки, несомнѣнно оставляетъ поле личной дѣятельности правительственной власти, но въ то же время стремится урегулировать ея дѣйствія закономъ и создать такимъ опредѣленіемъ гарантіи противъ ея злоупотребленій. Въ будущемъ, по мнѣнію Эсмена [1]), можетъ быть удастся еще болѣе уменьшить этотъ остатокъ правительственнаго произвола, подвести путемъ новыхъ комбинацій нѣкоторые изъ этихъ актовъ подъ господство закона.

Въ настоящее время въ этомъ направленіи, какъ видно, во Франціи произведенъ колоссальный успѣхъ въ смыслѣ осуществленія правовыхъ началъ въ государственномъ управленіи.

Принципы недопустимости обжалованія правительственныхъ актовъ передъ государственнымъ совѣтомъ съ цѣлью ихъ отмѣны при превышеніи власти.

Какъ мы видѣли выше изъ перечисленія правительственныхъ актовъ, къ нимъ отнесены, главнымъ образомъ, акты, которые президентъ республики рѣшаетъ по мѣрѣ своей конституціонной независимости. Въ исполненіи этихъ актовъ выступаетъ, главнымъ образомъ, на первую степень представительный характеръ президента республики.

Спрашивается возможно ли отмѣнить эти акты президента республики передъ государственнымъ совѣтомъ при превышеніи власти?

Казалось бы, что національный суверенитетъ имѣетъ своимъ необходимымъ слѣдствіемъ допустимость подобнаго обжалованія съ цѣлью аннулированія всѣхъ дѣйствій тѣхъ властей, которыя дѣйствуютъ не въ силу собственнаго, не отъ кого непроизводнаго [2]) права, но отъ имени націи, которой принадлежитъ суверенитетъ. Кажется, что отмѣна актовъ делегата этого суверени-

---

1) Esmein, Elements de Droit constit. et français et comparé, 3 ed. Paris, прим. къ 18 стр.

2) Въ этомъ и состоитъ, главнымъ образомъ, по мнѣнію проф. Іеллинека, отличительный характеръ президента и монарха, который обладаетъ непроизводной властью, владѣетъ въ силу собственнаго права.

тета является настоятельной, такъ какъ самая опасность злоупотребленій со стороны делегата этого суверенитета является еще болѣе значительной.

Однако, общее право народовъ установило въ отношеніи представителей особые принципы безотвѣтственности за акты, которые они выполняютъ, какъ представители суверенитета, за акты, которые они рѣшаютъ по мѣрѣ своей конституціонной независимости [1]).

Конституція 1875 г. установила парламентское правленіе во Франціи, которое предполагаетъ извѣстную независимость президента въ отношеніи палатъ и въ выполненіи присвоенныхъ ему прерогативъ. И несмотря на первенство органа законодательнаго въ этомъ правленіи, исполнительная власть не можетъ ограничиваться только проведеніемъ на практикѣ приказаній законодательныхъ собраній. Она имѣетъ право на то, чтобы стать властью конституціонной. Президентъ является не только администраторомъ. Не смотря на практическую реализацію конституціи 1875 г. въ своей полезной и важной роли онъ является представителемъ, главой исполнительной власти. Онъ наслѣдовалъ часть тѣхъ прерогативъ, которыя принадлежали французскимъ монархамъ и среди нихъ право регулировать многія изъ тѣхъ дѣйствій, которыя по самой своей природѣ не поддаются регламентаціи, каковы большей частью перечисленные выше акты.

Отмѣной государственнымъ совѣтомъ при превышеніи власти правительственныхъ актовъ президента, прежде всего, наносился бы ущербъ общественному интересу, и интересу представляемыхъ, такъ какъ эта отмѣна парализовала бы свободную дѣятельность представителя исполнительной власти въ парламентскомъ режимѣ, которая для того, чтобы быть полезной, должна быть чаще всего совершенно свободной, нарушая или прерывая постоянный ходъ механизма представительныхъ учрежденій.

---

1) См. прекрасныя по этому поводу замѣчанія проф. А. С. Алексѣева въ его «Безотвѣтственность монарха и отвѣтственность правительства» 1907 г. 47—48 стр., гдѣ онъ перечисляетъ сферу свободной и безотвѣтственной дѣятельности монарха.

Несомнѣнно, президентъ республики издаетъ правительственные декреты не какъ администраторъ [1]) исполнительной власти, но какъ уполномоченный правительства Франціи и не слѣдуетъ смѣшивать эти акты съ различными видами административныхъ актовъ. Президентъ къ совершеніи правительственныхъ актовъ является съ особой правительственной функціей и эти его полномочія, которыя ему довѣрены конституціонными законами, не являются актами административными, но правительственными и потому правительственные декреты, не допускаютъ какъ прочіе административные декреты обжалованія передъ государственнымъ совѣтомъ при превышеніи власти.

Они доступны только обжалованіямъ порядка политическаго и конституціоннаго, клонящагося къ министерской отвѣтственности.

Такимъ образомъ, по общему прпзнанію какъ теоріи государственнаго права такъ и практики государственнаго совѣта, правительственные акты, перечисленные выше не подлежатъ никакому обжалованію ни передъ какимъ судопроизводствомъ; такимъ образомъ, кажется, что недопустимость обжалованія въ виду превышенія власти съ цѣлью аннулировать ставитъ ихъ внѣ законности. Изъ перечисленія этихъ актовъ мы видимъ, что сфера ихъ, хотя и весьма сокращена, но тѣмъ неменѣе результатомъ многихъ изъ этихъ актовъ можетъ быть ущербъ для правъ и собственности отдѣльныхъ индивидовъ.

Таковы акты, касающіеся прежде всего мѣръ внутренней безопасности государства, а также дѣла военныя и касающіяся дипломатическихъ мѣръ. Въ самомъ дѣлѣ, если объявленіе осаднаго положенія составляетъ актъ суверенитета, то таковой характеръ можетъ ли быть сообщенъ всѣмъ актамъ, изданнымъ для того, чтобы привести ихъ въ исполненіе. Словомъ, акты исполнительнаго характера не должны ли быть также какъ и самое объявленіе осаднаго положенія избавлены отъ всякаго обжалованія при превышеніи власти адми-

1) См. Ducrocq. н. с. т. I-й 87 стр. и 91 ст.

нистративными чинами, осуществляющими на дѣлѣ объявленіе объ осадномъ положеніи?. Должны ли эти чины держаться въ осуществленіи осаднаго положенія тѣхъ законодательныхъ нормъ, которыя существуютъ объ осадномъ положеніи и держаться въ предѣлахъ выраженій декларацiи, объявляющей это положеніе? Могутъ ли найти удовлетвореніе лица, чьи права нарушены незаконнымъ дѣйствіемъ, превышающимъ данныя полномочія агента и обратиться къ государственному совѣту съ цѣлью отмѣнить такое дѣйствіе?

Разрѣшеніе такихъ вопросовъ въ положительномъ смыслѣ не менѣе важно для реализаціи и господства въ жизни идей права, для огражденія отъ административнаго произвола индивидуальныхъ правъ и собственности. Извѣстно, что это господство права достигается въ Англіи при осуществленіи всѣхъ правительственныхъ актовъ. Это господство права не прерывается также и при такъ называемомъ объявленіи военнаго положенія, которое во Франціи называется «осаднымъ положеніемъ» и представляетъ временное и всѣми признаваемое законнымъ управленіе страны военной силой.

Относительно господства права во Франціи во время объявленія осаднаго положенія профессоръ Дайси [1]), выражаетъ большое сомнѣніе; «мы едвали ошибемся, говоритъ онъ, что во время этой пріостановки обыкновеннаго права всякій человѣкъ можетъ быть арестованъ, посаженъ въ тюрьму или казненъ по волѣ военнаго суда, состоящаго изъ нѣсколькихъ офицеровъ, страсти которыхъ, естественно, возбуждены гражданской войной». По мнѣнію Дайси, при современномъ республиканскомъ правленіи, «пріостановка права, сопряженная съ объявленіемъ осаднаго положенія, есть вещь вполнѣ признанная конституціей и (какъ это ни странно) власть военныхъ судовъ во время осаднаго положенія больше, чѣмъ была при монархіи Луи-Филиппа».

Мнѣніе знаменитаго англійскаго профессора весьма

1) А. В. Дайси: Основы государственнаго права Англіи. Перев. подъ ред. проф. П. Г. Виноградова. Москва 1905 г. 320 стр.

преувеличено. Правда послѣ событій 1870—71 года стали во Франціи прибѣгать къ осадному положенію въ размѣрахъ неизвѣстныхъ дотолѣ; въ періодъ 16 мая 1877 г. правительство злоупотребляло даже объявленіемъ осаднаго положенія. Но въ настоящее время положеніе весьма измѣнилось какъ въ отношеніи объявленія осаднаго положенія, такъ и его послѣдствій. Правда послѣдствія этого положенія опредѣляются попрежнему закономъ 9 августа 1846 г. [1]), устраняющаго нормальныя гарантіи индивидуальной свободы заступленіемъ военной власти мѣста власти гражданской, но въ первыхъ, ст. 11-я указаннаго закона опредѣляетъ, что граждане продолжаютъ, несмотря на осадное положеніе, пользоваться всѣми, гарантированными конституціей, правами, пользованіе которыми не пріостановлено закономъ, а во вторыхъ, нужно имѣть въ виду, что, хотя военная власть и имѣетъ въ теченіе осаднаго положенія чрезмѣрныя полномочія, однако, эти полномочія всегда остаются ограниченными закономъ, и если военная власть совершаетъ актъ, на который законъ не даетъ ей права, то въ этомъ заключается превышеніе или злоупотребленіе власти со всѣми ихъ послѣдствіями, а именно, съ правомъ жалобы на превышеніе власти государственному совѣту, аннулирующему въ подобномъ случаѣ актъ, запятнанный подобнымъ превышеніемъ [2]).

Такимъ образомъ, если самый правительственный актъ—декретъ объ объявленіи осаднаго положенія—не возможно обжаловать передъ государственнымъ совѣтомъ, какъ актъ изданный съ превышеніемъ власти, то, какъ видно изъ судопроизводства государственнаго совѣта, рѣшенія исполнительныя подчинены его юрисдикціонному контролю, что въ дѣйствительности составляетъ весьма цѣнную правовую гарантію для управляемыхъ. Такимъ образомъ, допустимы всѣ жалобы гражданъ противъ рѣшеній, принятыхъ властями, обязанными примѣнять режимъ осаднаго положенія [3]).

---

1) См. законъ 3 апр. 1878 г. ст. 9-я.

2) См. Duguit, Droit Constit. § 76-й стр. 728 рус. перев.

3) См. интересное объясненіе этой юриспруденціи у Laferrière ц. с. т. II, стр. 36 и 37, 41 и сл.

Такимъ образомъ, юриспруденція государственнаго совѣта практически уступаетъ въ настоящее время выраженію чувства справедливости, которая желаетъ исчезновенія произвола, который является возможнымъ, какъ слѣдствіе изданія правительственнаго акта, противъ котораго нѣтъ средствъ для его отмѣны государственнымъ совѣтомъ при превышеніи власти.

Съ этой стороны, по нашему наблюденію, происходитъ глубокая эволюція въ области реализаціи права во Франціи и эта эволюція направляется въ сторону тѣхъ правовыхъ судебныхъ гарантій, которыя осуществляются во Франціи органомъ административной юстиціи—государственнымъ совѣтомъ.

Гражданамъ, правамъ и собственности которыхъ нанесенъ правительственнымъ актомъ ущербъ, дается возможность въ настоящее время искать удовлетворенія. Недопуская обжалованія противъ самого правительственнаго акта, государственный совѣтъ допускаетъ его, какъ мы видѣли изъ разсмотрѣнія акта объ объявленіи осады, противъ исполнительныхъ рѣшеній, превышающихъ законныя полномочія, рѣшеній, которыми приводятся въ исполненіе правительственные акты.

Кромѣ того, въ послѣднее время, наблюдается и другого рода эволюція въ смыслѣ удовлетворенія гражданъ, правамъ и личной собственности которыхъ нанесенъ ущербъ правительственнымъ актомъ.

Такъ рѣшенъ вопросъ о вознагражденіи лицъ, потерпѣвшихъ отъ правительственнаго акта. Такъ установлено вознагражденіе на случай факта войны [1]), а также вознагражденіе жертвамъ рѣшеній, принятыхъ во исполненіе дипломатическихъ конвенцій [2]). Какъ видно, ничто въ законѣ не противится этой эволюціи.

Но вопросъ о вознагражденіи за рѣшенія, принятыя во исполненіе правительственныхъ актовъ предполагаетъ собой иной процессъ, принятый для обжалованій въ обыкновенномъ порядкѣ (contentieux de pleine juridiction), а не процессъ объ отмѣнѣ акта, что не входитъ въ задачу нашего разсмотрѣнія.

1) Cons. d'État, 3 mars 1905, Mante; 22 fevr. 1907—le Chartier;
1) Cons. d'Etat, 18 dec. 1891. Vandelet et Taraud, см. Sirey 1893. 3. 129 и въ особенности прекрасное къ этому дѣлу примѣчаніе проф. Hauriou.

Изъ иностранныхъ журналовъ.

Проектъ реформы юридическаго образованія въ Австріи.

(Die Reform der juristisch-staatswissenschaftlichen Studien in Oesterreich nach den Vorschlägen der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform. Von Dr. Friedrich Kleinwaechter jun. Jahrbücher für Nationalökonomie u. Stat. 102 B.)

Какъ извѣстно, въ австрійскихъ университетахъ науки государственныя преподаются совмѣстно съ юридическими, на одномъ и томъ же факультетѣ съ послѣдними. Установленіе нынѣ дѣйствующаго плана преподаванія означенныхъ наукъ относится ко времени университетской реформы, авторомъ которой былъ одинъ изъ самыхъ выдающихся австрійскихъ министровъ народнаго просвѣщенія графъ Тунъ. Хотя, безъ сомнѣнія, реформа графа Туна внесла много улучшеній въ дѣлѣ высшаго юридическаго образованія, но ею былъ допущенъ одинъ существенный недостатокъ, остающійся неустраненнымъ и по настоящее время. Недостатокъ этотъ состоитъ въ томъ, что въ планѣ преподаванія на юридическихъ факультетахъ государственнымъ наукамъ отведено второстепенное мѣсто. Давно всѣми сознана и общепризнана настоятельная необходимость реформы преподаванія на юридическихъ факультетахъ для устраненія указанной ненормальности и на эту сторону дѣла обратила свое главное вниманіе «Коммиссія по преобразованію внутренняго управленія», выработавшая обнародованныя въ концѣ прошлаго года соображенія о преобразованіи высшаго юридическаго образованія. (Anträge der Kommission zur Förderung der Verwaltunsgreform, betreffend die Reform der rechts und staatswissenschaftlichen Studien. Wien. Hof-u. Staatsdrukerei).

Названная комиссія, образованная, въ качествѣ временнаго совѣщательнаго органа, въ связи съ предпринятою въ Австріи реформою внутренняго управленія и имѣющая своимъ назначеніемъ предварительную разработку матеріаловъ по реформѣ

внутренняго управленія, народнаго образованія, а также финансоваго управленія не могла не принять во вниманіе, что реформа внутренняго управленія самымъ тѣснымъ образомъ связана съ надлежащею подготовкою административно-служебнаго персонала, что и побудило Комиссію войти въ разсмотрѣніе вопроса, въ какой мѣрѣ, при существующемъ планѣ преподаванія на юридическихъ факультетахъ, готовящіеся къ поступленію на государственную службу молодые люди получаютъ образованіе, достаточное для выполненія возлагаемыхъ на административные органы государственныхъ задачъ. Комиссія прежде всего занялась вопросомъ о подготовкѣ чиновниковъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ и, съ своей стороны, признала, что получаемое нынѣ на юридическихъ факультетахъ австрійскихъ университетовъ подготовительное теоретическое образованіе не соотвѣтствуетъ запросамъ современнаго государственнаго управленія. Хотя, такимъ образомъ, Комиссія, согласно своей прямой задачѣ, разсматривала вопросъ о преобразованіи высшаго юридическаго образованія съ точки зрѣнія потребностей внутренняго управленія, но отъ ея взора не могло укрыться, что реформа преподаванія государственныхъ и юридическихъ наукъ имѣетъ отношеніе не къ однимъ интересамъ внутренняго управленія, но что ею затрагивается и другая область, а, именно, значеніе университетовъ, какъ разсадниковъ высшихъ знаній. Въ этомъ вся трудность проблемы, которую предстояло разрѣшить Комиссіи. Если въ прежнее время университеты предназначались исключительно для разработки науки, то современное государство предъявляетъ къ университетамъ, въ частности, къ юридическимъ факультетамъ, и другое требованіе. Юридическіе факультеты должны быть подготовительными школами для цѣлаго ряда практическихъ профессій. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что если бы университеты были приспособлены всецѣло и исключительно къ выполненію послѣдней задачи, то, утративъ связь съ наукою и съ задачами научнаго знанія, они превратились бы въ ремесленныя школы, въ какомъ положеніи они оказались бы неспособными выполнить и возлагаемую на нихъ практическую задачу. На своемъ собственномъ опытѣ (время до реформы графа Туна представляетъ эпоху полнаго упадка юридическихъ и государственныхъ наукъ) Австрія испытала, какія получаются послѣдствія, когда университетское преподаваніе, на подобіе преподаванія гимназическаго, стѣс-

нено строго очерченными формальными рамками. Вся трудность задачи состоитъ именно, въ согласованіи этихъ двухъ противорѣчащихъ принциповъ. Пока не найдены какія либо другія формы организацій для разработки научныхъ знаній—въ настоящее время имѣются только попытки въ этомъ направленіи — университеты должны быть приспособлены къ одновременному достиженію указанныхъ двухъ задачъ. На сколько это окажется возможнымъ въ будущемъ, остается вопросомъ открытымъ.

Въ своей критикѣ существующаго положенія, равнымъ образомъ какъ и въ своихъ предположеніяхъ объ улучшеніи этого положенія, Комиссія исходила отъ мысли о необходимости приспособить университеты къ достиженію обѣихъ цѣлей.

Недостатки настоящей системы, по заключенію Комиссіи, одинаково присущи какъ самому плану университетскаго преподаванія, такъ и способамъ осуществленія этого плана и веденію научныхъ занятій.

По дѣйствующему въ австрійскихъ университетахъ плану, преподаваніе на юридическомъ факультетѣ расчитано на четырехгодичный курсъ. Первая половина курса предназначается для изученія историко-юридическихъ дисциплинъ, вторая—для изученія дисциплинъ спеціально юридическихъ и наукъ государственныхъ. Въ несоотвѣтственномъ расширеніи преподаванія наукъ историко-юридическихъ Комиссія усматриваетъ главный недостатокъ дѣйствующаго плана преподаванія на юридическихъ факультетахъ. Дѣйствительно, нельзя не признать рѣзкимъ несоотвѣтствіемъ отведеніе преподаванію наукъ историко-юридическихъ такого же количества времени, что и преподаванію всего частнаго и публичнаго права, со включеніемъ наукъ государственныхъ. Такъ какъ удлиненіе университетскаго курса невозможно по экономическимъ соображеніямъ, то Комиссія предлагаетъ сокращеніе до одного года времени, посвящаемаго преподаванію наукъ историко-юридическихъ, такъ, чтобы на преподаваніе положительнаго права и наукъ государственныхъ оставались три года. Въ виду того, что преподаваніе наукъ историко-юридическихъ носитъ пропедевтическій характеръ, соотвѣтствующія науки должны преподаваться въ томъ лишь объемѣ, какъ это необходимо для введенія въ послѣдующее изученіе наукъ юридическихъ и государственныхъ. Съ этою цѣлью въ дополненіе къ предметамъ, которые, въ меньшемъ противъ теперешняго объемѣ, имѣютъ

быть преподаваемы въ первомъ году прохожденія университетскаго курса, каковы: римское, германское и церковное право, присоединяются два новые предмета: введеніе въ изученіе наукъ юридическихъ и государственныхъ, а, затѣмъ, обществовѣдѣніе. Обществовѣденіе, или, какъ оно подробнѣе обозначается: «Факты и теоріи общественной и хозяйственной жизни» должно, по предположенію Комиссіи, включать примѣрно слѣдующіе отдѣлы. I. Исторія и опредѣленіе понятія объ обществѣ, основныя теченія науки объ обществѣ. II. Понятіе о государствѣ, отношеніе государства и общества, дѣятельность государства и публично-правныхъ союзовъ, расширеніе задачъ современнаго государства, либерализмъ и соціализмъ. III. Отдѣльные общественные союзы, семейный союзъ и его исторія, община и ея отношеніе къ государству, вѣроисповѣдныя общества, національности, общественные классы и профессіональныя единенія, современныя политическія партіи. Остальное время преподаванія по плану, предположенному Комиссіею, отводится, какъ упомянуто, преподаванію наукъ юридическихъ и государственныхъ, по три семестра для каждаго отдѣла. Въ планъ преподаванія наукъ юридическихъ Комиссія не вноситъ существенныхъ измѣненій, главнѣйшія изъ предположенныхъ комиссіею измѣненій касаются отдѣла наукъ государственныхъ. Самое важное нововведеніе это раздѣленіе курса на указанные два отдѣла.

По дѣйствующему плану историко-юридическій отдѣлъ курса (4 семестра) образуетъ собою самостоятельную часть, по окончаніи которой производится государственный экзаменъ, между тѣмъ какъ изученіе наукъ юридическихъ и государственныхъ совмѣщается во второмъ отдѣлѣ курса и заканчивается государственнымъ экзаменомъ по наукамъ юридическимъ и государственнымъ, за которымъ слѣдуетъ экзаменъ на степень доктора. Переходъ во второй отдѣлъ ранѣе выдержанія экзамена по отдѣлу историко-юридическихъ наукъ не допускается и до выдержанія этого экзамена слушаніе лекцій по предметамъ второго отдѣла не можетъ быть зачитываемо студенту. Послѣдствіемъ такого порядка является то, что лекціи по юридическимъ наукамъ и по наукамъ государственнымъ слушаются студентами одновременно и къ экзамену по которой либо изъ этихъ отраслей наукъ студентъ можетъ приступить только въ концѣ восьмого семестра. Обыкновенно студенты держатъ впе-

редъ экзаменъ по наукамъ юридическимъ въ виду большаго объема этой отрасли и большей трудности экзамена, вслѣдствіе чего два послѣдніе семестра всецѣло посвящаются изученію наукъ юридическихъ и чтенія по наукамъ государственнымъ мало посѣщаются студентами. Къ занятіямъ государственными науками студентъ приступаетъ, пробывъ въ университетѣ четыре года, когда онъ уже торопится вступить на поприще практической дѣятельности и когда всякое промедленіе кажется ему непроизводительною тратою времени. Въ результатѣ, студентъ стремится усвоить свѣдѣнія, необходимыя для выдержанія экзамена по государственнымъ наукамъ, какъ нибудь и въ возможно короткій періодъ времени, приступая къ экзаменамъ изъ этихъ наукъ безъ прослушанія систематическаго курса съ поверхностными и на скорую руку пріобрѣтенными познаніями.

Это зло имѣетъ быть предотвращено дѣленіемъ университетскаго курса на три самостоятельные отдѣла, изъ коихъ каждый будетъ заканчиваться особымъ экзаменомъ, причемъ, до выдержанія экзамена изъ даннаго отдѣла не допускается переходъ въ другой отдѣлъ. При такомъ порядкѣ студентъ имѣть возможность при прохожденіи курса послѣдовательно сосредоточиться на изученіи каждой отрасли наукъ въ отдѣльности. Хотя разумѣется, во время пребыванія студента на данномъ отдѣленіи, ему не будетъ возбраняться посѣщеніе лекцій по другому отдѣленію, но такое посѣщеніе не будетъ подлежать зачету. По предположеніямъ Комиссіи, отдѣлъ государственныхъ наукъ долженъ обнимать слѣдующіе обязательные предметы: исторія австрійскаго конституціоннаго права, общее государственное право, австрійское конституціонное право, международное право, теоретическую политическую экономію, хозяйственную политику, науку о финансахъ и статистику.

Главнѣйшія уклоненія отъ дѣйствующаго плана заключаются въ слѣдующемъ. Въ планъ преподаванія впервые вносятся, въ качествѣ особыхъ дисциплинъ, исторія австрійскаго конституціоннаго права и международное право. Внесеніе въ планъ преподаванія, въ качествѣ особаго предмета преподаванія, первой изъ названныхъ дисциплинъ имѣетъ своею цѣлью облегчить преподаваніе положительнаго конституціоннаго права. По дѣйствующему плану при изложеніи положительнаго конституціоннаго права приходилось отводить много мѣста изложенію

исторіи этого права, которая не могла быть излагаема съ достаточною полнотою при изложеніи ея на первомъ курсѣ совмѣстно съ общею исторіею права. Изъ теперь преподаваемой науки: «Общее и австрійское государственное право» выдѣлено, въ качествѣ особаго предмета преподаванія, общее государственное право. Увеличено число часовъ, посвящаемыхъ преподаванію политической экономіи. Комиссія отказалась отъ существующаго выдѣленія изъ науки о финансахъ австрійскаго финансоваго права, исходя изъ того соображенія, что общія ученія финансоваго права по необходимости излагаются въ общей части административнаго права, спеціальные же отдѣлы финансоваго права всего цѣлесообразнѣе могутъ быть излагаемы въ тѣхъ отдѣлахъ науки о финансахъ, въ которыхъ положенія положительнаго финансоваго права подвергаются теоретическому обоснованію или критической оцѣнкѣ. По новому плану статистика включена въ число предметовъ экзаминаціонныхъ. Хотя по дѣйствующему плану прослушаніе курса статистики обязательно, но такъ по ней не производится экзамена, то студенты мало обращаютъ вниманія на эту дисциплину и относятся къ ней съ пренебреженіемъ.

Въ планъ преподаванія включены лишь тѣ предметы, которые обязательно должны быть прослушаны студентомъ и разсматриваются какъ минимумъ того, что необходимо должно быть усвоено для полученія юридическаго образованія. Рядомъ съ этимъ, студенту должна быть открыта возможность полученія дальнѣйшаго какъ общаго, такъ и болѣе спеціальнаго образованія. Въ виду этого, должно быть обезпечено преподаваніе по цѣлому ряду другихъ необязательныхъ предметовъ и слушаніе лекцій по этимъ предметамъ должно быть рекомендовано студентамъ. Въ числѣ такого рода предметовъ, кромѣ нѣкоторыхъ спеціально юридическихъ, указываются: исторія хозяйства, земельное право и земельная политика, промышленное право и промышленная политика, торговая политика и пути сообщенія, соціальная политика и соціальное страхованіе, австрійское финансовое право, судебное краснорѣчіе, государственное счетоводство, бухгалтерія и ученіе о торговыхъ балансахъ, основы технологіи, судебная медицина со включеніемъ основныхъ положеній психіатріи, судебная психологія. Кромѣ того, студентамъ должна быть предоставлена возможность изученія живыхъ языковъ въ практическихъ цѣляхъ и для

болѣе основательнаго изученія юридическихъ и государственныхъ наукъ. Къ числу языковъ, изученіе которыхъ рекомендуется Комиссіею, относятся: мѣстные языки областей Австрійской монархіи, а также языки французскій, англійскій и итальянскій. Должна быть также обезпечена возможность изученія студентами стенографіи и письма на пишущей машинѣ. Усвоеніе научныхъ знаній не должно ограничиваться прохожденіемъ университетскаго курса. На университетахъ лежитъ обязанность озаботиться путемъ устройства спеціальныхъ курсовъ и семинарій о дальнѣйшемъ дополнительномъ образованіи для окончившихъ университетскій курсъ.

Комиссія совершенно правильно находитъ, что самый лучшій учебный планъ не приведетъ ни къ чему, если не будетъ обезпечено его надлежащее выполненіе. Здѣсь затронутъ Комиссіею самый щекотливый вопросъ, который до сихъ поръ боязливо обходили при обсужденіи реформы преподаванія юридическихъ и государственныхъ наукъ. По заключеніямъ Комиссіи, отъ реформы самыхъ методовъ преподаванія зависитъ, будутъ ли студенты и впредь, какъ это практикуется сейчасъ, избѣгать посѣщенія лекцій, пріобрѣтая нужныя для выдержанія экзаменовъ свѣдѣнія помимо университета на частныхъ урокахъ, при содѣйствіи репетиторовъ или въ частныхъ юридическихъ школахъ, или юридическіе фикультеты станутъ тѣмъ, чѣмъ они должны быть, и будутъ выполнять свое назначеніе, оставаясь юридическими школами, въ которыхъ читаются и слушаются лекціи по юридическимъ наукамъ. Въ этомъ важнѣйшая задача, передъ разрѣшеніемъ которой стоятъ австрійскіе юридическіе факультеты. Всѣ прочіе вопросы университетской жизни, сколь бы они ни казались важными, въ сравненіи съ указанною задачею имѣютъ второстепенное значеніе и должны быть поставлены на второй планъ, потому что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о самомъ смыслѣ существованія юридическихъ факультетовъ.

Большинство слушателей фактически въ настоящее время не посѣщаютъ вовсе университета. Они готовятся къ экзаменамъ помимо университета. Можно предположить одно изъ двухъ: или что такимъ способомъ пріобрѣтенныя познанія даютъ достаточную юридическую подготовку, въ такомъ случаѣ юридическіе факультеты оказались бы излишними и достаточно было бы ограничиться образованіемъ экзаменаціон-

ныхъ комиссій, или что практикующійся сейчасъ способъ подготовки къ экзаменамъ недостаточенъ, тогда должны быть приняты мѣры къ тому, чтобы такая подготовка стала невозможною.

Существующее ненормальное положеніе вещей, по мнѣнію Комиссіи, вызывается слѣдующими обстоятельствами. Теорія юридическихъ и государственныхъ наукъ преподается въ университетахъ слишкомъ отвлеченно, между тѣмъ какъ преподаваніе должно преслѣдовать прежде всего практическую цѣль, подготовить слушателей къ предстоящей имъ практической дѣятельности, такъ какъ значительное число студентовъ юристовъ вовсе не имѣютъ намѣренія всю жизнь оставаться въ стѣнахъ университета и стремятся къ практической дѣятельности. Чтенію лекцій отводится слишкомъ много времени. Нѣтъ необходимаго общенія между преподавателями и студентами. Послѣдніе слишкомъ предоставлены самимъ себѣ, между тѣмъ какъ большинство изъ нихъ не могутъ обходится безъ личнаго руководства со стороны преподавателей. По многимъ предметамъ недостаетъ удовлетворительныхъ учебниковъ. Когда лекціи служатъ замѣною учебника, то у преподавателя не оказывается времени для проявленія самостоятельнаго личнаго труда и для личнаго воздѣйствія на слушателей. Слушатели не въ достаточной мѣрѣ понуждаются къ самостоятельнымъ работамъ, отъ нихъ не требуютъ письменныхъ сочиненій, рефератовъ и самостоятельнаго чтенія. Такъ какъ экзамены ограничиваются изустными отвѣтами и производятся поспѣшно, то представляется возможнымъ сдать удовлетворительно экзамены при поверхностныхъ познаніяхъ. Опытъ убѣждаетъ, что порядокъ экзаменовъ оказываетъ непосредственное вліяніе на прилежаніе студентовъ и на ихъ занятія. Система экзаменовъ, поэтому, должна быть приспособлена къ тому, чтобы заставить студента съ самаго вступленія въ университетъ систематически и правильно заниматься, пользуясь всѣми средствами и способами, которые предлагаются съ этою цѣлью университетомъ.

Для улучшенія существующаго положенія Комиссіею предлагаются слѣдующія мѣры.

Въ началѣ семестра каждому студенту долженъ быть врученъ печатный экземпляръ правилъ, содержащихъ въ формѣ совѣтовъ указаніе о порядкѣ занятій. Правила не должны

ограничиваться голымъ перечнемъ курсовъ, которые студентъ обязанъ прослушать. Въ правилахъ должны быть, помимо этого, преподаны совѣты, какъ студенту надлежитъ распредѣлить свои занятія, какъ ему надлежитъ готовиться къ экзаменамъ, какъ избѣгнуть соблазновъ большого города и въ чемъ состоятъ главныя его обязанности, какъ студента [1]).

Каждымъ преподавателемъ должны быть назначены опредѣленные часы для бесѣдъ со студентами и для непосредственнаго общенія съ ними. Лекціи по предмету: «Введеніе въ юридическую и государственную науку», должны имѣть своимъ назначеніемъ дать слушателямъ указанія, въ какомъ порядкѣ должны быть изучаемы подлежащія науки и какое значеніе имѣютъ отдѣльныя дисциплины? Чтеніе по этому предмету должно быть поручаемо выдающемуся ученому обладающему особыми педагогическими способностями. Изложеніе на лекціяхъ должно быть наглядным, живымъ и доступнымъ пониманію слушателей, почему, при допущеніи къ приватдоцентурѣ и при назначеніи профессоровъ, должно быть обращаемо больше, чѣмъ сейчасъ, вниманія на педагогическія способности кандидатовъ. Чтеніе лекцій не должно служить замѣною учебника или конкурировать съ послѣднимъ. Въ лекціяхъ должно находить выраженіе личное пониманіе преподавателемъ излагаемаго предмета и онѣ должны быть расчитаны на личное воздѣйствіе профессора на слушателей. Нѣтъ надобности, чтобы данный предметъ на лекціяхъ излагался въ полномъ объемѣ и во всѣхъ деталяхъ. Лекціи должны знакомить слушателей съ основными положеніями науки, для усвоенія деталей долженъ служить учебникъ. И въ университетское преподаваніе должна быть внесена большая, чѣмъ теперь, индивидуализація. Это можетъ быть достиг-

---

[1]) Очевидно образцомъ для Комиссіи въ данномъ случаѣ служили существующіе въ американскихъ университетахъ «каталоги лекцій», въ которыхъ помѣщаются различные практическіе совѣты студентамъ. Въ одномъ изъ такихъ «каталоговъ», имѣющемся у меня въ рукахъ, между прочимъ, приведенъ бюджетъ издержекъ, сопряженныхъ съ пребываніемъ въ университетѣ, въ трехъ видахъ, начиная съ самаго скромнаго, въ которомъ предусмотрѣны самыя необходимыя потребности, и кончая бюджетомъ, расчитаннымъ на роскошную жизнь. Въ бюджетахъ до мелочей предусмотрѣны всѣ расходы. Это даетъ возможность студенту заранѣе, до поступленія въ университетъ, принять въ соображеніе свои средства, что особенно важно для поступающихъ въ университетъ, находящійся въ чужомъ городѣ.

нуто только путемъ практическихъ упражненій, веденіе которыхъ должно быть поручаемо, главнымъ образомъ, приватъ-доцентамъ и ассистентамъ. Усмотрѣнію преподавателя должно быть предоставлено, въ какой формѣ организовать практическія занятія со студентами, въ формѣ ли собесѣдованій, толкованія текстовъ, разрѣшенія казусовъ или репетицій. Студентовъ надлежитъ заставлять также писать сочиненія. Профессоръ долженъ знакомить своего ассистента съ прочитаннымъ на лекціяхъ и давать ему указанія, какъ вести практическія занятія. Такимъ способомъ должна быть установлена связь между лекціями и практическими занятіями безъ необходимости для профессора каждый разъ присутствовать на практическихъ занятіяхъ. Желательно, чтобы преподаваніе восполнялось наглядньмъ ознакомленіемъ съ матеріаломъ. Знакомство съ формулярами, судопроизводственными бумагами, съ дѣлами административныхъ учрежденій, съ различными матеріалами, относящимися до хозяйственной жизни, какъ то, съ биржевыми бюлетенями, отчетами и т. п. должно служить звеномъ, связующимъ теоретическое изученіе съ юридическою и хозяйственною практикою. Студентамъ должно быть рекомендовано прилежное посѣщеніе судебныхъ засѣданій, разнаго рода публичныхъ учрежденій, промышленныхъ предпріятій, и т. д., съ послѣдующимъ обсужденіемъ видѣннаго и слышаннаго. Требованія, предъявляемыя на государственныхъ экзаменахъ, должны быть повышены. Условіемъ допущенія до экзаменовъ должно быть не только удостовѣреніе о прослушаніи обязательныхъ курсовъ, но и такое же объ исполненіи всѣхъ практическихъ работъ. Испытаніе должно состоять изъ изустнаго отвѣта и письменной работы. На экзаменѣ изъ историко-юридическаго отдѣла письменная работа должна быть дана изъ римскаго права. На другихъ экзаменахъ предсѣдатель экзаминаціонной комиссіи опредѣляетъ, изъ какого предмета экзаменующимся должна быть представлена письменная работа.

Для частичнаго покрытія расходовъ, связанныхъ съ реформою, и для лучшаго матеріальнаго обезпеченія преподавательскаго персонала предположено увеличить плату за слушаніе лекцій [1]). Допускаемое нынѣ въ Австріи въ широкихъ размѣ-

[1]) Плата за слушаніе лекцій въ Австріи сравнительно не высока. Она равняется 2 кронамъ 10 геллерамъ, т. е. не составляетъ даже 2 марокъ

рахъ освобожденіе отъ платы за слушаніе лекцій отмѣняется. Въ особо уважительныхъ случаяхъ можетъ быть предоставлена лишь отсрочка половины или всей платы.

Въ Австріи плата за слушаніе лекцій поступаетъ не въ пользу профессоровъ, но въ пользу казны [1]). Здѣсь не мѣсто входить въ оцѣнку спорнаго вопроса о преимуществахъ австрійской системы передъ германской системою. Каждая изъ нихъ имѣетъ свои достоинства и недостатки. Недостаткомъ германской системы является то, что при ней доходы профессора опредѣляются всецѣло въ зависимости отъ числа слушателей, которое часто не находится въ прямомъ отношеніи къ достоинству лекцій. Съ другой стороны, нельзя не признать, что уравненіе профессоровъ въ отношеніи содержанія, какъ это умѣстно въ отношеніи чиновниковъ, не соотвѣтствуетъ характеру профессорскаго труда, значеніе котораго, какъ и значеніе труда художника, въ значительной степени опредѣляется личными качествами и способностями лица, предлагающаго трудъ. Неудобства системы однообразной оплаты профессорскаго труда, какъ то доказываетъ опытъ Австріи, не могутъ быть сглажены предоставленіемъ преподавателю права читать спеціальные курсы и взимать за это особую плату. Благодаря отсутствію гонорара, австрійскіе университеты не привлекаютъ выдающихся преподавателей и Комиссія, съ своей стороны, для устраненія такого неблагопріятнаго явленія предлагаетъ возстановить гонорарную систему съ слѣдующимъ ограниченіемъ. Когда гонораръ достигаетъ 10 тыс. кронъ, то сумма, превышающая 10 тысячъ кронъ, должна дѣлиться между профессоромъ и казною, сумма же свыше 20 тысячъ кронъ полностью поступаетъ въ казну.

Таковы главнѣйшія нововведенія, предположенныя Комиссіею. Можно относительно отдѣльныхъ предположеній Комиссіи держаться особаго мнѣнія, но нельзя отрицать, что въ цѣломъ

за недѣльный часъ. Предположено возвышеніе платы за недѣльный часъ до 6 кронъ и 12 кронъ за часъ практическихъ занятій.

[1]) Взиманіе гонорара въ пользу профессоровъ было отмѣнено одновременно съ увеличеніемъ профессорскаго содержанія. Профессорамъ было тогда же предоставлено или воспользоваться увеличеннымъ содержаніемъ, или продолжать взиманіе гонорара со слушателей. Послѣднимъ правомъ воспользовались лишь профессора въ большихъ университетахъ съ значительнымъ числомъ студентовъ.

предложенное Комиссіею является шагомъ впередъ по сравненію съ существующими порядками. Къ самымъ важнымъ нововведеніямъ должно отнести сокращеніе историко-юридическаго отдѣла съ 4 семестровъ на два семестра и раздѣленіе всего курса на три обособленные отдѣла. Только этимъ путемъ возможно обезпечить болѣе серьезное отношеніе къ наукамъ государственнымъ. Пренебреженіе къ послѣднимъ, въ особенности, къ политической экономіи, давно вызывало справедливыя жалобы. На изученіе этихъ дисциплинъ оставалось мало времени и, притомъ, онѣ преподавались совмѣстно съ чисто-юридическими науками въ два послѣдніе года прохожденія университетскаго курса. Недостаточная подготовка по наукамъ государственнымъ оканчивающихъ университетъ даетъ себя чувствовать все сильнѣе и сильнѣе и ростъ хозяйственной и соціальной жизни приводитъ къ тому, что тѣ свѣдѣнія въ области хозяйства, которыя еще нѣсколько лѣтъ тому назадъ могли почитаться достаточными, теперь оказываются недостаточными для юриста практика, въ особенности, для государственнаго дѣятеля. Въ настоящее время практическая юриспруденція неотдѣлима отъ политической экономіи. Политико-экономическія ученія отражаются въ законодательствѣ или, по крайней мѣрѣ, стремятся къ этому. Оставлять юриста безъ ознакомленія съ хозяйственными науками значитъ закрывать передъ нимъ одинъ изъ важнѣйшихъ источниковъ познанія дѣйствующаго права. Должно во всякомъ случаѣ привѣтствовать съ чувствомъ удовлетворенія шагъ впередъ, сдѣланный Комиссіею, въ дѣлѣ постановки изученія государственныхъ наукъ, причемъ, однако, слѣдуетъ отмѣтить, что къ сожалѣнію и по предположеніямъ Комиссіи число обязательныхъ часовъ, отведенныхъ для практическихъ занятій по хозяйственнымъ наукамъ, слишкомъ недостаточно [1]). Въ свое оправданіе Комиссія указываетъ на то, что для болѣе широкой постановки практическихъ за-

---

[1]) Предположены слѣдующія практическія занятія.

6 (лѣтній) семестръ.

Теорія политической экономіи . . . 1

Статистика 1

7 (зимній) семестръ.

Хозяйственная политика 1

8 (лѣтній) семестръ.

Наука о финансахъ 2

нятій по всѣмъ обязательнымъ курсамъ не хватило бы преподавателей и аудиторій. Недостатокъ преподавателей и мѣста— это техническія препятствія, которыя могли бы быть легко устранены. Когда сознана необходимость въ устройствѣ большаго количества практическихъ занятій, то осуществленіе соотвѣтствующей реформы не должно задерживаться изъ-за недостатка мѣста и тому подобнаго. Нельзя не поставить въ упрекъ Комиссіи, что она не вывела всѣхъ практическихъ послѣдствій, вытекающихъ изъ критики существующаго положенія вещей. Оправданіемъ въ этомъ случаѣ можетъ служить то, что Комиссіи пришлось считаться съ противодѣйствіемъ, которое должны встрѣтить ея предположенія. Комиссія могла опасаться, чтобы стремленіе къ лучшему не послужило препятствіемъ къ осуществленію хорошихъ начинаній. Такъ, напр., въ профессорскихъ кругахъ вызвало возраженіе возложеніе веденія практическихъ занятій на ассистентовъ, что будто бы должно имѣть своимъ послѣдствіемъ пониженіе качества работъ. Такая точка зрѣнія не совсѣмъ понятна, если принять во вниманіе, что на другихъ факультетахъ и въ техническихъ высшихъ школахъ часть труда по преподаванію безъ всякаго ущерба ввѣряется ассистентамъ. Конечно, всѣ предложенныя Комиссіею реформы должны значительно увеличить трудъ преподавателей. Съ этимъ однако необходимо примириться, имѣя въ виду, что профессора существуютъ не для того только, чтобы двигать впередъ науку, но и для того, чтобы вести занятія со студентами.

При сложившихся въ Австріи особыхъ соціальныхъ условіяхъ важное значеніе имѣетъ предположенное возвышеніе платы за слушаніе лекцій и стремленіе затруднить полученіе высшаго образованія. Австрія съ нѣкотораго времени страдаетъ перепроизводствомъ лицъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ. Такъ какъ промышленность и торговля находятся еще въ начальной стадіи развитія, то молодые люди, кончающіе университетъ, съ трудомъ могутъ находить себѣ занятія на другихъ поприщахъ дѣятельности, помимо государственной службы. Стремленіе къ послѣдней привело къ чрезмѣрному росту плохо оплачиваемаго чиновничества, что ставитъ передъ государствомъ и обществомъ трудную и вызывающую много заботъ проблему. Съ другой стороны, на каждомъ шагу ощущается большой недостатокъ въ лицахъ съ среднимъ образованіемъ, отчасти про-

исходящій отъ недостаточнаго числа профессіональныхъ школъ, которыя могли бы направить молодежь къ избранію другихъ профессій. Какъ дѣло обстоитъ сейчасъ, государственное управленіе, равнымъ образомъ, какъ и крупныя частныя предпріятія, должны дѣлать выборъ между получившими высшее юридическое образованіе, и потому, требующими высокой оплаты, и недостаточно образованными, кончившими курсъ начальной школы. Для того, чтобы использовать образовавшійся излишекъ въ юристахъ приходится назначать юристовъ съ высшимъ образованіемъ на такія должности, съ которыми могли бы справиться, и даже съ большею пользою для дѣла, лица съ менѣе широкимъ образованіемъ. Такимъ образомъ, созданіе условій, затрудняющихъ полученіе юридическаго образованія въ видѣ возвышенія требованій отъ обучающихся и увеличенія издержекъ, сопряженныхъ съ прохожденіемъ университетскаго курса, является для Австріи не только мѣрою, затрагивающей университетскую жизнь, но одновременно съ этимъ мѣрою разрѣшающею важную соціальную проблему.

Главнѣйшимъ, однако, пунктомъ въ преобразованіяхъ, предложенныхъ Комиссіею, является, по моему мнѣнію, слѣдующее.

Нельзя не признать, что своими предположеніями Комиссія посягаетъ на свободу университетскаго преподаванія, такъ какъ и на свободу университетскаго ученія. Въ особенности, значительнымъ ограниченіямъ должна подвергнуться вторая изъ этихъ свободъ. Надо думать, что эта сторона реформы вызоветъ всего болѣе возраженій.

Свобода университетскаго ученія объясняется въ большей мѣрѣ историческими условіями, чѣмъ существомъ дѣла. Свобода ученія явилась реакціею противъ опеки, которой подвергались наука и ученіе въ полицейскомъ государствѣ. Идеалы всякой свободы, при осуществленіи ихъ на практикѣ, должны претерпѣвать видоизмѣненія, ибо иначе на смѣну несвободы явилась бы анархія. Та безпредѣльная свобода ученія, которая водворилась и существуетъ въ австрійскихъ университетахъ, превратившая право учиться въ право неучиться, не могла не оказаться вредною, какъ заключающая въ самой себѣ противорѣчіе. Учиться во всѣхъ случаяхъ и всегда значитъ быть вводимымъ въ дотолѣ неизвѣстную вводимому область знанія учителемъ, будетъ ли это учитель въ собственномъ смыслѣ или книга. Никакая теорія не можетъ въ этомъ

ничего измѣнить. До тѣхъ поръ, пока не существуетъ такой области человѣческаго знанія, изученіе которой по усмотрѣнію можно было бы начинать съ любого конца, до тѣхъ поръ всякій начинающій будетъ нуждаться въ руководствѣ. Я усматриваю коренной недостатокъ нашей свободы ученія въ томъ, что избраніе пути, который можетъ привести къ цѣли, предоставляется усмотрѣнію начинающаго. Между тѣмъ, именно для того, чтобы судить, какъ овладѣть системою данной науки, необходимо ближайшее знакомство съ этою наукою. Предполагать, что начинающій обладаетъ соотвѣтствующею способностью, столь же ошибочно, какъ если бы поставить кого либо передъ фортепіано и сказать ему: учись играть. Конечно, бываютъ люди, съ столь выдающимися дарованіями, что они и при такомъ методѣ обученія становятся музыкантами, но для большинства—а ихъ и долженъ имѣть въ виду университетъ—такой методъ никуда не годится. Онъ оставляетъ начинающаго безъ помощи въ тотъ самый моментъ, когда онъ всего болѣе нуждается въ помощи, причемъ предполагается, что, затративъ много времени и энергіи, учащійся, наконецъ, самъ найдетъ надлежащій путь. Сохраненіе свободы ученія въ такомъ видѣ крайне нелогично. Примѣненіе наставительныхъ мѣръ представляется, по этому, необходимостью и можетъ быть рѣчь лишь о степени, до которой должно идти примѣненіе этихъ мѣръ. Американскіе университеты доказываютъ, что обязательныя нормы въ дѣлѣ обученія могутъ находить примѣненіе и у свободнаго народа. То, что Комиссія имѣла мужество отказаться отъ стараго боевого лозунга, должно быть ей поставлено во всякомъ случаѣ въ заслугу. Въ этомъ отношеніи всего нужнѣе была реформа. При теперешнемъ положеніи вещей, когда отъ преподаванія многихъ курсовъ приходится отказываться за недостаткомъ слушателей, не числящихся по записямъ, но въ дѣйствительности посѣщающихъ лекціи, австрійскіе юридическіе факультеты почти что излишни. Отъ устраненія на будущее время такого ненормальнаго явленія всецѣло будетъ зависѣть успѣхъ реформы юридическаго образованія въ Австріи. Предположеніями своими Комиссія кладетъ начало на пути къ достиженію правильно намѣченной цѣли.

Пер. *М. Л.*

Критика.

М. И. Митилино. Право застройки (Опытъ цивилистическаго изслѣдованія института). Кіевъ. 1914. Цѣна 2 руб. 50 коп. II+268+XLIII.

(Окончаніе).

Иногда можетъ казаться, что авторъ не даетъ себѣ яснаго отчета, о чемъ онъ намѣренъ говорить. Очеркъ начинается слѣдующими словами: «Потребность въ жилищѣ можетъ быть удовлетворена въ различныхъ юридическихъ формахъ. Среди нихъ типичными и основными являются только двѣ—*право собственности* на жилой домъ и *наемъ* чужого дома или квартиры въ немъ для болѣе или менѣе продолжительнаго пользованія... Прочія правовыя формы, въ которыя могутъ облечься отношенія контрагентовъ при пользованіи жилищемъ, каковы аренда земли съ возведеніемъ на ней арендаторомъ дома для себя за свой счетъ,... право застройки и др., занимаютъ обыкновенно лишь второстепенное мѣсто какъ по своему общему значенію, такъ и по степени распространенія въ гражданскомъ оборотѣ культурныхъ народовъ». Это утвержденіе, во первыхъ, невѣрно фактически. Мы уже указывали, что въ Англіи въ 1891 г. было болѣе 2 милліоновъ домовъ (при томъ домовъ по большей части типа коттеджей), возведенныхъ на правѣ застройки. У насъ, до изданія закона 1912 г. о правѣ застройки, на чужой землѣ была построена чуть не половина Москвы, огромные торговые поселки при желѣзныхъ дорогахъ (напр. Синельниково), множество владѣльческихъ городовъ и мѣстечекъ и т. д. По свидѣтельству объяснительной записки къ законопроекту о правѣ застройки значительнѣйшая часть строеній въ поселеніяхъ, возникшихъ послѣ 1857 года, возведена на чужой землѣ на основаніи арендныхъ договоровъ. А съ 1858 по 1906 г. число *поселеній* только въ 49 губерніяхъ увеличилось болѣе, чѣмъ на 170000. Но оставимъ въ сторонѣ фактическую невѣрность, которою начинаетъ свой опытъ изслѣдованія г. Ми-

тилино. Обратимся къ чисто *цивилистической* сторонѣ вопроса. Г. Митилино выдвигаетъ на первый планъ право собственности на *жилой домъ* или наемъ *чужого дома или квартиры въ немъ*. Но вѣдь, по общему правилу, и при «арендѣ земли съ возведеніемъ на ней арендаторомъ дома для себя за свой счетъ» и при правѣ застройки, арендатору и застройщику принадлежитъ *право собственности на жилой домъ*, арендаторъ и застройщикъ можетъ сдавать въ немъ квартиры или сдавать его цѣликомъ. Какое же основаніе дѣленія (fundamentum divisionis) усмотрѣлъ здѣсь г. Митилино? Наконецъ необходимо отмѣтить что г. Митилино въ первыхъ же строкахъ своего изслѣдованія значительно сужаетъ сферу примѣненія права застройки. На правѣ застройки воздвигаются не только жилые дома, но и громадныя зданія фабрикъ и заводовъ, больницъ, богадѣленъ и пріютовъ, театры и другія мѣста для зрѣлищъ (напр. циркъ Чинизелли въ Петербургѣ, множество кинематографовъ въ провинціи), погреба и винодавильни (Kellerrecht) и т. п.

Общій заголовокъ остальныхъ главъ сочиненія г. Митилино: Право застройки по закону 23 іюня 1912 года—не соотвѣтствуетъ содержанію этихъ главъ, которое въ значительной своей части относится не къ русскому закону, а къ законодательствамъ иностраннымъ, главнымъ образомъ австрійскому, германскому и швейцарскому. Къ тому же авторъ, помѣщая здѣсь pêle-mêle постановленія различныхъ законодательствъ и выводы, изъ нихъ вытекающіе, не даетъ себѣ труда точно указывать, къ какому именно законодательству эти выводы относятся. Получается въ этихъ случаяхъ такое впечатлѣніе, какъ будто рѣшенія, приводимыя авторомъ, представляютъ собою ratio scripta, примѣнимы ко всѣмъ законодательствамъ, хотя въ дѣйствительности соотвѣтственные вопросы въ разныхъ законодательствахъ рѣшаются различно. Приведу только два примѣра, гдѣ авторъ въ одномъ позитивному постановленію русскаго закона придаетъ характеръ общаго правила, вездѣ одинаково примѣнимаго, а въ другомъ—выводъ изъ постановленій германскаго права обобщаетъ, несмотря на наличность противоположнаго правила въ русскомъ законѣ. На стр. 57 читаемъ: «собственникъ земельнаго участка можетъ обременить послѣдній правомъ застройки *только въ пользу другого лица*; онъ не можетъ ни установить этого права на собственной землѣ *въ свою пользу*, ни пріобрѣсти существующее

уже на ней право застройки отъ другого лица, въ пользу коего оно первоначально было установлено». Послѣднее утвержденіе неправильно, поскольку дѣло касается, напр., германскаго законодательства, согласно которому совпаденіе въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на земельный участокъ не влечетъ за собою прекращенія права застройки (§ 889 герм. гражд. ул.) [1]). На стр. 65—66 авторъ, говоря о невозможности отмѣнить путемъ договорнаго соглашенія отчуждаемость и наслѣдственность права застройки ни абсолютно, ни на извѣстное время, добавляетъ: «Но отъ неотчуждаемости и ненаслѣдственности права застройки нужно отличать *обязательство застройщика* воздерживаться отъ распоряженія своимъ правомъ inter vivos и mortis causa;... вполнѣ возможно и дѣйствительно *обязательства даннаго застройщика* не отчуждать своего права» [2]). Въ подтвержденіе этого мнѣнія, относящагося, если полагаться на указанный выше общій заголовокъ, къ *нашему* закону о правѣ застройкѣ, авторъ ссылается на рѣшеніе *германскаго* каммергерихта и мнѣнія цѣлаго ряда германскихъ юристовъ. Но нашъ авторъ забываетъ о наличности въ нашемъ законѣ соотвѣтственнаго постановленія ст. 26 (нынѣ ст. 542^{26} т. X ч. 1, по прод. 1912 г.). Соотвѣтственные выводы германскихъ судовъ и германскихъ юристовъ основаны только на юридической природѣ института и общихъ правилахъ о

---

[1]) Подобная же ошибка была допущена и въ объяснительной запискѣ министерства внутреннихъ дѣлъ къ проекту закона о правѣ застройки, на что мною было указанно еще болѣе 3 лѣтъ тому назадъ въ журналѣ «Право» (см. №№ 9 и 10 за 1911 г.). Къ тому же и по отношенію къ русскому праву у самого же автора читаемъ: «*По самому закону* собственнику земли, обремененной правомъ застройки, не принадлежитъ *право преимущественной купли* въ случаѣ отчужденія права застройки, но установленіе такого права договоромъ, какъ съ вещнымъ дѣйствіемъ, такъ и въ формѣ простого обязательства, не встрѣчаетъ препятствій въ законѣ о правѣ застройки» (стр. 96). Да и вообще собственнику земли и по нашему закону не воспрещено пріобрѣтеніе соотвѣтственнаго права застройки: результатъ только будетъ тотъ, что *послѣ пріобрѣтенія* имъ этого права оно прекратится путемъ сліянія, консолидаціи, однако съ сохраненіемъ прежде обременявшихъ право застройки долговъ и правъ (ст. 542^{24} т. X ч. 1).

[2]) На стр. 68—71 авторъ приводитъ цѣлый рядъ случаевъ, когда, по его мнѣнію (правильнѣе, по мнѣнію нѣмецкихъ ученыхъ, относящемуся къ германскому законодательству) допустимы подобныя соглашенія, но при этомъ ни разу даже не касается соотвѣтственнаго постановленія ст. 26 нашего закона о правѣ застройки (ст. 542^{26} т. X ч. 1).

допустимости договорныхъ соглашеній. Но и при отсутствіи позитивнаго постановленія, воспрещающаго подобныя обязательства, въ германской литературѣ вопроса раздаются голоса, высказывающіеся за недопустимость подобныхъ обязательственныхъ соглашеній (см. напр., приводимаго и у г. Митилино, Wittmaack, Das Erbbaurecht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1906 стр. 39 сл.). Въ нашемъ же законѣ имѣется прямое запрещеніе подобныхъ обязательственныхъ соглашеній. Согласно ст. 542^{26} Зак. Гр. (т. X ч. 1) въ договорѣ объ установленіи права застройки дозволяется включать только «условія, не противорѣчащія существеннымъ признакамъ права застройки». Слѣдовательно, соотвѣтственное условіе, противорѣчащее существеннымъ признакамъ права застройки, напр. условіе о прекращеніи права застройки со смертью застройщика или въ случаѣ отчужденія имъ права застройки, по нашему закону, недѣйствительно вообще, не имѣетъ никакой ни вещной ни обязательственной силы [1]). И, конечно, нельзя сказать, что соотвѣтственное условіе недѣйствительно только въ случаѣ включенія его въ застроичный договоръ и пріобрѣтаетъ дѣйствительность, если оно заключено путемъ особаго договора, такъ какъ нѣтъ никакого разумнаго мотива для установленія подобнаго различія [2]).

Въ предисловіи авторъ говоритъ, что догма права застройки ставитъ цивилисту рядъ интереснѣйшихъ вопросовъ. И его задача, повидимому, эти вопросы попытаться рѣшить. Но мы не находимъ у автора *новыхъ* рѣшеній соотвѣтственныхъ вопросовъ, правильныхъ *новыхъ конструкцій* запутанныхъ отношеній. Наиболѣе сложнымъ и любопытнымъ вопросомъ права застройки является конструированіе отношенія между правомъ

---

[1]) Это отмѣчено мною и въ моемъ комментаріи къ закону о правѣ застройки, который вообще, по причинамъ для меня непонятнымъ, оставленъ г. Митилино безъ всякаго вниманія.

[2]) Отмѣтимъ вскользь еще одно разительное противорѣчіе. На стр. 128 авторъ заявляетъ, что нашъ законъ о правѣ застройки *не оставляетъ почти никакого мѣста волѣ сторонъ* въ рѣшеніи вопроса о томъ, кто долженъ нести всѣ сборы и повинности, слѣдующія за занимаемый земельный участокъ, возлагая соотвѣтственную обязанность на застройщика; а на стр. 129 считаетъ вполнѣ допустимой полную отмѣну этой обязанности по соглашенію сторонъ (и это соглашеніе будетъ имѣть силу по отношенію, напр., къ казнѣ?).

застройки и постройками, какъ возведенными застройщикомъ, такъ и существовавшими до установленія права застройки (послѣднее въ тѣхъ странахъ, гдѣ допустимо установленіе права застройки на застроенныхъ земляхъ). Но въ соотвѣтственной главѣ (IV), посвященной юридическому положенію строеній земельнаго участка (sic!), обремененнаго правомъ застройки, чтоже мы находимъ? Подавляющая часть ея посвящена изложенію мнѣній германскихъ ученыхъ и постановленій австрійскаго закона. А по отношенію къ русскому праву авторъ рѣшаетъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что строеніе возведенное застройщикомъ является недвижимостью. Слѣдовательно, по установленіи на земельномъ участкѣ права застройки и возведеніи застройщикомъ соотвѣтственныхъ строеній получаются *цѣлыхъ три* недвижимости: земельный участокъ, право застройки и самыя строенія. Авторъ безжалостенъ къ старшимъ нотаріусамъ. У нихъ имѣется отдѣльный листъ для занесенія первой недвижимости *(земельнаго участка)*, новый законъ о правѣ застройки предписываетъ имъ открыть особый листъ въ реестрѣ крѣпостныхъ для *права застройки*, какъ для отдѣльнаго имѣнія Но куда же имъ помѣстить третью *самостоятельную недвижимость*? Она остается въ воздухѣ, она нигдѣ не можетъ быть отмѣчена, и такимъ образомъ совершенно исключена изъ оборота. Поэтому авторъ въ дальнѣйшемъ (стр. 181 сл) признаетъ строенія, возведенныя застройщикомъ, *принадлежностью* права застройки, почему «in dubio ипотека и другія обремененія права застройки распространяются на строеніе; отчужденіе права застройки содержитъ въ себѣ и отчужденіе строенія». Оставимъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, можетъ ли недвижимость быть принадлежностью (а не составной частью, понятія, которыя строго различаются и самимъ авторомъ). Но и при такой конструкціи авторъ не избѣгаетъ указанныхъ выше затрудненій. Непосредственно къ только что цитированнымъ строкамъ авторъ добавляетъ: «Но такъ какъ законъ нигдѣ этого положительно не предписываетъ, то сдѣлкою такое положеніе можетъ быть исключено: *какъ всякая принадлежность, такъ и строеніе можетъ быть отдѣлено отъ права застройки и сдѣлано объектомъ отдѣльныхъ правъ* (курсивъ мой—А. Г.). Но послѣднее, какъ мы указали выше, совершенно невозможно: ибо недвижимость можетъ быть объектомъ *отдѣльныхъ* правъ, только когда она занесена въ

реестръ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ отдѣльная единица. И если, такимъ образомъ, въ отличіе отъ *всякой* принадлежности, строеніе не можетъ быть объектомъ отдѣльныхъ правъ, то до переработки нашей вотчинной системы въ смыслѣ допущенія указанныхъ выше *трехъ* недвижимостей, необходимо допустить одно изъ двухъ: либо строеніе *не можетъ быть признано недвижимостью*, либо же, если оно недвижимость, то оно не можетъ считаться *принадлежностью* (въ смыслѣ, отличномъ отъ составной части) права застройки.

И въ другихъ случаяхъ авторъ также не считается ни съ нашей системой вещныхъ правъ, ни съ нотаріальнымъ положеніемъ. Выше мы уже указали, что г. Митилино допускаетъ установленіе путемъ договорнаго соглашенія преимущественнаго права купли права застройки съ *вещнымъ* дѣйствіемъ (стр. 96). Здѣсь авторъ въ двухъ словахъ расширяетъ numerus clausus нашихъ вещныхъ правъ, среди которыхъ преимущественное право купли, какъ извѣстно, не фигурируетъ [1]). Авторъ и не объясняетъ намъ, какимъ способомъ соотвѣтственному соглашенію можетъ быть придано вещное значеніе. Въ какомъ мѣстѣ листа реестра крѣпостныхъ дѣлъ можетъ быть помѣщено указаніе на наличность соотвѣтственнаго вещнаго права?

Не станетъ подробно разбирать дальнѣйшія части сочиненія г. Митилино. Отмѣтимъ только, что помимо, всего указаннаго, оно пестритъ неточностями. На стр. 77 читаемъ, что право застройки, установленное безъ согласія залогодержателя земельнаго участка или лицъ, въ пользу которыхъ наложено на этотъ участокъ запрещеніе, «обязательно какъ для контрагентовъ договора, такъ и для *всѣхъ* (курсивъ мой—А. Г.) третьихъ лицъ». Неужели авторъ думаетъ, что оно въ этомъ случаѣ обязательно и для лица, пріобрѣвшаго этотъ участокъ съ публичныхъ торговъ по взысканію залогодержателя или лицъ, въ пользу которыхъ наложено на участокъ запрещеніе? На стр. 88 въ прим. 3 совершенно невѣрно изложена исторія происхожденія ст. 5 закона о правѣ застройки. Если бы большинство комиссіи государственнаго совѣта редактировало эту статью такъ, какъ указываетъ г. Митилино, то всѣ возраже-

---

[1]) Ср. В. Б. Ельяшевичъ, Законы гражданскіе, изд. Зильберберга, вып. 2, стр. 261 сл., изд. 1913 г.

нія меньшинства, въ редакціи котораго статья эта стала закономъ, были бы неумѣстны, такъ какъ обѣ редакціи въ этомъ случаѣ совпадали бы. На стр. 92 читаемъ, что по нашему закону «in dubio собственнику земельнаго участка, обремененнаго правомъ застройки, всегда (sic!) принадлежитъ право на вознагражденіе», въ то время какъ на стр. 123 авторъ указываетъ, что никакого сомнѣнія (dubium) на этотъ счетъ быть не можетъ. «Наше право, читаемъ мы тамъ, знаетъ, какъ видимъ, *только возмездное* пріобрѣтеніе права застройки. Опредѣляя минимумъ содержанія договора объ установленіи права застройки, законъ нашъ вводитъ въ этотъ минимумъ и опредѣленіе размѣра и сроковъ вознагражденія собственника». Иными словами in dubio, т. е когда въ договорѣ отсутствуетъ условіе о вознагражденіи, договоръ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ.

Сводя все сказанное, можно придти къ тому выводу, что книга г. Митилино не представляетъ собою вклада въ науку гражданскаго права. Но этого мало. Въ виду указаннаго выше обилія ошибокъ и неточностей, въ виду неразграниченія авторомъ общихъ рѣшеній и рѣшеній отдѣльныхъ законодательствъ, книга эта едва ли окажется полезною и въ качествѣ простого учебника или даже комментарія къ закону о правѣ застройки.

А. Г. Гойхбарг.

Alexis Martini. «La notion du contrat de travail». Etude jurisprudentielle, doctrinale et législative. VIII+353. Paris, 1912.

René Théry. «La reglamentation jurisprudentielle du contrat de travail en droit français. 267. Paris, 1913.

Въ юридической литературѣ давно уже стало общимъ мѣстомъ указаніе на почти полное отсутствіе обще-гражданской регламентаціи рабочаго договора (личнаго найма) во французскомъ правѣ. Законодатели 1804 года не сочли нужнымъ подробно останавливаться на немъ. По воззрѣніямъ того времени въ этой области требовались главнымъ образомъ мѣры полицейскаго свойства, а не частно-правовое нормированіе. Къ тому же рабочій договоръ еще слишкомъ мало отдѣлился отъ своего римскаго историческаго корня—имущественнаго найма. Традиціонная близость этихъ институтовъ была санкціониро-

вана Code Civil. Но если второй изъ нихъ былъ подробно разработанъ, то первому было посвящено всего двѣ статьи. Одна (ст. 1780) запрещала наниматься иначе, какъ на время, другая (ст. 1781) была проникнута оскорбительнымъ для нанимавшагося недовѣріемъ: суду предписывалось вѣрить показаніямъ хозяевъ относительно размѣра вознагражденія, уплаты его за истекшій годъ и выдачѣ въ счетъ его за текущій. Для подробностей, по мнѣнію, редакторовъ достаточно было обратиться къ общимъ положеніямъ о договорахъ и обязательствахъ, а также къ аналогіи съ имущественнымъ наймомъ.

Позднѣйшее законодательство мало измѣнило положеніе вещей. Единственное дополненіе, внесенное въ Code Civil, было сдѣлано закономъ 27 декабря 1890 г. о возмѣщеніи убытковъ при одностороннемъ расторженіи договора, заключеннаго безсрочно (ст. 1780 въ новой редакціи). Правда, рядъ другихъ законовъ (1895, 1901, 1907, 1909 г.г.) касался тѣхъ или иныхъ послѣдствій рабочаго договора, главнымъ образомъ способовъ платежа заработной платы, обращенія взысканія на заработокъ и т. п. Но они по большей части относились только къ частному случаю (къ фабрично-заводскому найму), а не ко всему институту и, поэтому, не могли заполнить пустого мѣста. Что же касается вопросовъ, связанныхъ съ заключеніемъ договора и его прекращеніемъ, то они (если не считать вышеупомянутаго закона 1890 г.) совершенно обходились.

Проекты рабочаго законодательства, хотя и стоятъ все время на очереди, но слишкомъ часто теряются въ дебряхъ парламентскихъ комиссій. Такъ случилось и съ правительственнымъ проэктомъ закона о рабочемъ договорѣ 2 іюня 1906 г.

Предпринятое объединеніе дѣйствующаго рабочаго права еще только частично осуществлено закономъ 28 декабря 1910 г. и 26 ноября 1912 г., образовавшими первую и вторую книгу Code de travail. Подъ этимъ громкимъ названіемъ скрывается простая систематизація стараго матеріала, не вносящая рѣшительно ничего новаго, но тѣмъ сильнѣе подчеркивающая незаполненные пробѣлы.

При такомъ положеніи вещей судебная практика была поставлена въ необходимость самостоятельно удовлетворять потребности, которая все сильнѣе выдвигалась жизнью. Уже въ первой половинѣ прошлаго столѣтія традиціонное опредѣ-

леніе рабочаго договора, какъ вида найма, оказалось совершенно неподходящимъ и несоотвѣтствующимъ фактическимъ отношеніямъ между сторонами. Въ послѣдующій періодъ, съ развитіемъ соціальнаго законодательства и особенно послѣ изданія законовъ 1898 г. объ отвѣтственности предпринимателей за несчастные случаи съ рабочими и 1910 о пенсіяхъ рабочихъ и крестьянъ надлежащее опредѣленіе и разграниченіе съ сосѣдними договорами (подрядомъ и порученіемъ) стало настоятельной необходимостью.

Но кромѣ того французскимъ судамъ пришлось столкнуться съ цѣлымъ рядомъ другихъ вопросовъ болѣе частнаго свойства, но тѣмъ не менѣе весьма существенныхъ. При ихъ разрѣшеніи Code Civil не могъ прійти на помощь; порой онъ даже оказывался препятствіемъ. Аналогія съ имущественнымъ наймомъ или не давала ничего или приводила къ результатамъ, слишкомъ рѣзко расходящимся съ общественнымъ правосознаніемъ. Пришлось заполнять пробѣлы, а часто и просто расходиться съ буквой закона. Поэтому понятно то громадное значеніе, которое пріобрѣла въ этой области французская jurisprudence. Это заставляетъ съ особымъ интересомъ отнестись къ двумъ недавно появившимся работамъ (см. заголовокъ), изъ коихъ первая въ значительной мѣрѣ, а вторая цѣликомъ посвящены систематизаціи и критикѣ судебныхъ рѣшеній по рабочему договору.

A. Martini ставитъ себѣ задачей дать опредѣленіе, правильное для тѣхъ отношеній, которыя сложились въ современной соціальной жизни, и удовлетворяющее потребности вызванной ростомъ соціальнаго законодательства, предпосылкой примѣненія коего является обыкновенно наличность рабочаго договора. Для этого онъ дѣлаетъ обзоръ судебныхъ рѣшеній, научной литературы и положительнаго права, поскольку они имѣютъ отношеніе къ его темѣ. Авторъ же другого изслѣдованія, г. Thiéry, наоборотъ, только мимоходомъ затрагиваетъ конструктивные вопросы, относительно коихъ въ общемъ встаетъ на точку зрѣнія предыдущаго автора. Основное же содержаніе его книги заключается въ систематической сводкѣ матеріала судебныхъ рѣшеній по вопросамъ заключенія договора, его дѣйствія, прекращенія и нѣкоторыхъ другихъ.

Такимъ образомъ въ отношеніи содержанія обѣ книги взаимно дополняютъ другъ друга и, кромѣ того представляютъ

внутреннее единство по теоретическимъ воззрѣніямъ на природу института. Это даетъ намъ основаніе говорить о нихъ въ одной общей замѣткѣ.

T. Martini, считаясь съ одной только французской литературой, исходитъ изъ существованія двухъ основныхъ теорій рабочаго договора. Первая находитъ опредѣляющій и характерный признакъ въ способѣ вознагражденія пропорціонально времени; другая выдвигаетъ моментъ зависимости и подчиненія (dépendance et subordination) рабочаго въ отношеніи работодателя. Авторъ послѣдовательно разсматриваетъ съ точки зрѣнія соотвѣтствія той или другой изъ нихъ судебную практику, доктрину и, наконецъ, законодательство. Такъ какъ опредѣленіе рабочаго договора имѣетъ значеніе главнымъ образомъ для разграниченія его съ родственными сдѣлками, то автору приходится останавливаться какъ на подрядѣ, такъ и на порученіи.

Первая часть книги посвящена судебной практикѣ. Авторъ устанавливаетъ, что уже въ первой половинѣ прошлаго столѣтія суды не придерживались теоріи вознагражденія пропорціонально времени. Правда, нѣкоторыя рѣшенія и упоминаютъ о томъ или иномъ способѣ исчисленія заработной платы, но не связываютъ съ этимъ квалификацію договора. Этотъ выводъ обосновывается рядомъ цитатъ, приведенныхъ въ книгѣ. Г. Martini рѣшается даже утверждать, что практика уже въ то время стояла на противоположной точкѣ зрѣнія, въ подтвержденіе чего онъ ссылается всего на одно рѣшеніе (Сенскаго суда, утвержденное Парижскимъ апелляціоннымъ судомъ 1 августа 1834 г.), которое указываетъ на подчиненіе рабочаго хозяину. Но это была скорѣе случайно брошенная мысль, такъ какъ вопросъ, подлежащій разрѣшенію, непосредственно съ нею не связанъ. Дѣло шло о истолкованіи ст. 2101—4 С. С. (право преимущественнаго удовлетворенія для требованія «salaires des gens de service»). Суды отказывались распространять эту норму на фабричныхъ рабочихъ. Большинство рѣшеній, приведенныхъ авторомъ, касаются именно этой статьи; въ нихъ скорѣе содержится опредѣленіе и разграниченіе различныхъ видовъ личнаго найма (фабричные рабочіе, домашняя прислуга, приказчики т. д.), а не общая характеристика самого договора. Поэтому въ нихъ нельзя искать категорическаго отвѣта на вопросъ о природѣ послѣдняго. Практика этого періода скорѣе

идетъ путемъ оцѣнки конкретныхъ обстоятельствъ каждаго дѣла съ точки зрѣнія житейскихъ представленій и терминологіи, чѣмъ помощью точныхъ и опредѣленныхъ юридическихъ понятій. Едва ли можно установить, какой конструкціи она придерживалась, но можно достовѣрно сказать, что она не искала опредѣляющаго признака въ способѣ вознагражденія.

Во второй половинѣ 19-го вѣка намѣтившаяся тенденція выступаетъ уже вполнѣ ясно. Суды признаютъ, что коммивояжеры, торговые служащіе, участвующіе въ прибыляхъ предпріятія, постоянные сотрудники газетъ и періодическихъ изданій и др. связаны договоромъ личнаго найма, потому что они находятся въ подчиненіи и зависимости у своихъ контрагентовъ хозяевъ.

Особое вниманіе удѣляется авторомъ примѣненію закона 1898 г. объ отвѣтственности предпринимателей за несчастные случаи съ рабочими. Суды признаютъ необходимой для этого предпосылкой существованіе рабочаго договора между истцомъ и отвѣтчикомъ. Этотъ взглядъ во Франціи—communis opinio doctorum (см. впрочемъ Planiol: Traité de droit civil, T. II, 6 édit., № 1827). Г. Martini не останавливается на разсмотрѣніи его правильности и непосредственно переходитъ къ богатому матеріалу рѣшеній, которыя вполнѣ устанавливаютъ, 1) что способъ вознагражденія значенія не имѣетъ, 2) что отличительнымъ признакомъ рабочаго договора является подчиненіе и зависимость одного контрагента другому. Авторъ иллюстрируетъ свои выводы цѣлымъ рядомъ цитатъ. Въ слѣдующихъ двухъ параграфахъ разсматривается судебная практика относительно закона 1910 г. о пенсіяхъ рабочихъ и крестьянъ и вопроса о подсудности промышленнымъ судамъ (Conseils des prud'hommes), которая приводитъ къ тѣмъ же заключеніямъ.

Если относительно рабочаго договора суды твердо проводили опредѣленный принципъ, то въ вопросѣ объ опредѣленіи подряда (entreprise) они обнаружили неустойчивость и колебанія. Критерій самостоятельности и независимости подрядчика порой остается въ сторонѣ и выдвигается другой признакъ—извлеченіе имъ прибыли. Нѣкоторыя рѣшенія кумулируютъ обѣ точки зрѣнія. Такъ практика отказывается примѣнять ст. 1385 С. с., устанавливающую отвѣтственность хозяевъ за служащихъ, тогда, когда ущербъ причиненъ лицомъ, хотя и

связаннымъ съ другимъ договоромъ, объектомъ коего является трудъ, но дѣйствующимъ самостоятельно и не подъ чужимъ руководствомъ, такъ какъ онъ является подрядчикомъ; его контрагентъ въ этомъ случаѣ не отвѣчаетъ предъ потерпѣвшимъ. Иначе обстоитъ дѣло въ ст. 1798 С. с., которая разрѣшаетъ рабочимъ, нанятымъ подрядчикомъ, обращать свое требованіе къ лицу, для котораго производятся работы, въ предѣлахъ однако того, что послѣдній самъ долженъ подрядчику. Судебная практика разъясняетъ, что это право не принадлежитъ такъ называемымъ sous-entrepreneurs (лицамъ, обязавшимся подрядами въ отношеніи главнаго подрядчика), такъ какъ они получаютъ прибыль и, потому, не связаны рабочимъ договоромъ. Признакъ полученія прибыли при этомъ различно формулируется въ рѣшеніяхъ, которыя то говорятъ объ извлеченіи ея путемъ пользованія чужимъ трудомъ, то просто о спекулятивной цѣли.

Въ вопросѣ разграниченія рабочаго договора и порученія вниманіе судебной практики было обращено главнымъ образомъ на свойство услугъ. Согласно римской традиціи, но съ довольно значительными колебаніями, было рѣшено, что actes liberales не могутъ быть объектомъ рабочаго договора, а только порученія. Консерватизмъ судовъ, впрочемъ, совершенно не оправдывается текстомъ закона, такъ какъ ст. 1984 С. с. скорѣе выдѣляетъ моментъ представительства и, такимъ образомъ, исключаетъ услуги, не имѣющія юридическаго характера (напр. врача).

Обзоромъ и систематизаціей судебной практики исчерпывается, на нашъ взглядъ, значеніе книги г. Martini. Вторая часть его работы посвящена французской юридической литературѣ. Его критическія замѣчанія ограничиваются общими мѣстами и положеніями и не представляютъ чего либо оригинальнаго. Остается впечатлѣніе, что авторъ повторилъ тѣ мысли, которыя неизмѣнно встрѣчаются въ безчисленномъ количествѣ французскихъ докторскихъ тезъ, посвященныхъ исканію новыхъ путей въ области рабочаго договора. Изложеніе воззрѣній отдѣльныхъ ученыхъ почти сплошь замѣняется длинными цитатами, часто занимающими нѣсколько страницъ. Подборъ ихъ не всегда удаченъ и характеренъ. Такъ причисленіе P. Pic, автора извѣстнаго Traité de législation industrielle, къ сторонникамъ защищаемой авторомъ теоріи не является вполнѣ

очевиднымъ. Въ дѣйствительности Pic ясно не формулируетъ своего взгляда. Личный наемъ (louage de service), по его мнѣнію, только въ большинствѣ случаевъ характеризуется подчиненіемъ нанявшагося нанимателю (Traité, 4 édit. 1912 II, 873). Новѣйшія же тенденціи, направленныя на признаніе работника на дому за связаннаго рабочимъ договоромъ, онъ считаетъ не соотвѣтствующимъ дѣйствующему праву, а вѣрнымъ только, по его выраженію, въ теоріи (Ib. n⁰ 873 bis). Съ другой стороны при изложеніи вопросовъ о подсудности промышленнымъ судамъ (conseils de prud'hommes) онъ различаетъ louage de service (личный наемъ) и louage d'ouvrage (подрядъ) сообразно способу вознагражденія (Ib. n⁰ 1281, 1282). Споры, вытекающіе какъ изъ перваго такъ и изъ второго договора, подсудны промышленнымъ судамъ при наличности подчиненія одного контрагента другому хозяину (Ib. n⁰ 1277—1, 1285). Такимъ образомъ по воззрѣніямъ P. Pic признакъ подчиненія (subordination) характеризуетъ скорѣе опредѣленное соціальное отношеніе, но не юридическое.

Въ третьей части г. Martini дѣлаетъ обзоръ законодательства. Остается неяснымъ, чѣмъ руководствовался авторъ при расположеніи матеріала, нарушивъ, казалось бы естественный, порядокъ разсмотрѣнія: сперва законодательство, потомъ судебная практика.

Авторъ устанавливаетъ, что Code civil не содержитъ указаній на то, что вознагражденіе пропорціонально времени является характернымъ для рабочаго договора и указываетъ, что отмѣненная нынѣ статья 1781 можетъ быть объяснена только зависимостью и подчиненіемъ рабочаго. Нельзя не признать, что Code civil не остался совершенно чуждымъ специфическимъ особенностямъ рабочаго договора, хотя, какъ намъ кажется, это скорѣе отразилось на статьѣ 1780. Ст. 1781 носила слишкомъ процессуальный характеръ и дѣлать изъ нея подобный выводъ рискованно. Мотивъ же ст. 1780—охрана индивидуальной свободы, логически предполагаетъ идею подчиненія и зависимости нанявшагося по отношенію къ нанимателю.

Далѣе авторъ пытается обосновать свою теорію анализомъ закона 1898 г. При этомъ онъ исходитъ изъ того положенія, что для примѣненія его необходимо существованія рабочаго договора. Мы указывали выше, что на этой точкѣ зрѣнія стоитъ и доктрина и судебная практика, хотя самъ законъ по этому

поводу молчитъ. Все доказательство основано на этомъ допущеніи. Если же отъ него отказаться, то придется только вслѣдъ за Planiol'емъ признать, что законъ 1898 г. примѣнимъ не къ опредѣленному классу договоровъ, а къ опредѣленному классу лицъ («que la loi de 1898 est faite pour une classe de personnes et non pour une classe de contrats. Planiol». Traitè, 6 édit. T. II, 1912, nº 1827 prim 4 in fine). Ссылка на подготовительныя работы, гдѣ глава предпріятія былъ опредѣленъ, какъ «patron employant des ouvries sous ses ordres, les dirigeant. etc», не доказательна. Изъ этихъ словъ не явствуетъ, что подчиненіе является характернымъ для рабочаго договора. Они могутъ быть понимаемы, какъ соціально-экономическое, а не юридическое опредѣленіе. Законъ 1898 г., такимъ образомъ, также мало говоритъ въ пользу этой теоріи, какъ и въ пользу другой.

Нѣсколько доказательнѣй ссылка на законъ 1910 г. о пенсіяхъ рабочихъ и крестьянъ, такъ какъ во время обсужденія его въ сенатѣ министръ труда (Вивіани) заявилъ, что проектъ базируется на рабочемъ договорѣ, а не на подрядѣ (цитировано у Martini стр. 185). Но вмѣстѣ съ тѣмъ не былъ выдвинутъ ясный и *единый* критерій, а указано нѣсколько не всегда другъ съ другомъ совпадающихъ (см. у Martini стр. 182—187).

Совсѣмъ не убѣдительны выводы автора въ отношеніи закона 1907 г. о промышленныхъ судахъ. Статья первая этого закона говоритъ о подсудности имъ дѣлъ, возникающихъ изъ louage d'ouvrage. Этотъ терминъ во французскомъ законодательствѣ объединяетъ и личный наемъ и подрядъ [1]) (см. ст. 1708, 1710, 1779 С. с.). Поэтому едва ли можно, какъ это дѣлаетъ авторъ, извлекать изъ этого закона признаки характерные только для перваго изъ нихъ. Въ дальнѣйшемъ онъ подробно останавливается на проектѣ 1906 г., пользуясь въ изобиліи цитатами изъ относящихся къ нему матеріаловъ.

Г. Martini руководился стремленіемъ доказать, что законодательство стоитъ на его точкѣ зрѣнія. Для этого онъ допустилъ цѣлый рядъ натяжекъ. Между тѣмъ совершенно доста-

---

[1]) Въ Code de travail онъ замѣненъ терминомъ Contrat de travail libre (titre II, Du contrat de travail) обнимающимъ и louage de service, (личный наемъ) и louage d'industrie ou marché d'ouvrage (подрядъ). Въ литературѣ господствуетъ большая терминологическая путаница. Contrat de travail чаще всего соотвѣтствуетъ личному найму.

точно было бы установить, что его точка зрѣнія въ общемъ не противорѣчитъ закону. Этимъ болѣе рельефно была бы показана и самостоятельная, творческая роль французской судебной практики.

Въ заключеніе авторъ кратко останавливается на теоріи Chatelin, который признаетъ рабочій договоръ за societas, и, наконецъ, резюмируетъ свои выводы. Они не богаты и заключаются только въ констатированіи того, что зависимость и подчиненіе рабочаго хозяину являются существеннымъ элементомъ договора. Авторъ не пытается ни детально проанализировать эти понятія, ни даже точнѣе опредѣлить ихъ содержаніе. Нѣтъ даже надлежащей критики судебной практики по поводу опредѣленія ею подряда. Martini, разбирая правительственный проектъ 1906 г, самъ даже склоняется къ признанію за essentialia этого договора извлеченія подрядчикомъ прибыли и несенія имъ риска (стр. 217), не замѣчая, что онъ вступаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собой. Зато эта точка зрѣнія подвергнута основательной и остроумной критикѣ въ предисловіи къ книгѣ, написанной профессоромъ парижскаго университета Camille Perreau.

Къ книгѣ приложены матеріалы, относящіеся къ правительственному проекту 1906 г., и текстъ нѣкоторыхъ иностранныхъ законодательствъ.

По тщательности обработки матеріала гораздо болѣе благопріятное впечатлѣніе оставляетъ книга г. René Théry. Авторъ не ставитъ себѣ цѣлью разобрать въ мельчайшихъ подробностяхъ безчисленное количество судебныхъ рѣшеній. Его задача—сдѣлать изъ нихъ общіе выводы, формулировать тенденціи, показать что внесла практика новаго въ каждый разбираемый вопросъ. И онъ дѣйствительно даетъ картину «живого права» судебной практики, порой въ ея колебаніяхъ и противорѣчіяхъ, чаще послѣдовательную въ примѣненіи разъ принятыхъ началъ.

Какъ мы уже замѣтили выше, Théry, въ вопросѣ о природѣ рабочаго договора стоитъ на точкѣ зрѣнія предыдущаго автора. Присоединившись къ ней, онъ уже болѣе не останавливается на этой проблемѣ. Однако при разсматриваніи частныхъ вопросовъ онъ не теряетъ изъ виду общей конструкціи института и въ соотвѣтствующихъ случаяхъ отмѣчаетъ связь между ними. Матеріалъ книги расположенъ въ слѣдующей системѣ:

введеніе, отказъ вступить въ договоръ (гл. I), заключеніе договора (гл. II), его дѣйствіе (гл. III), и прекращеніе (гл. IV), особыя формы рабочаго договора (гл. V) и судебная защита вытекающихъ изъ него правъ (гл. VI); въ заключеніе онъ даетъ общую оцѣнку роли судебной практики въ нормированіи даннаго института.

Въ первой главѣ авторъ останавливается на вопросѣ объ отказѣ заключить рабочій договоръ. Французскіе суды примѣнили къ этому случаю теорію злоупотребленія правомъ и смѣло сдѣлали соотнѣтствующіе выводы. Такимъ образомъ, если одна изъ эвентуальныхъ сторонъ договора отказывается вступить въ соглашеніе безъ достаточно серьезныхъ основаній, но единственно съ цѣлью нанести вредъ другой сторонѣ, то она будетъ обязана возмѣстить послѣдовавшій ущербъ. Такъ было рѣшено (см. Théry, стр. 25), что предприниматель не можетъ отказаться принять рабочаго только потому, что послѣдній состоитъ членомъ синдиката. Хотя эта практика является примѣненіемъ понятія злоупотребленія правомъ и пристегивается къ 1382 ст. С. с., тѣмъ не менѣе въ ней нельзя не видѣть новое ограниченіе договорной свободы. Это ограниченіе относится уже не къ области опредѣленія условій будущаго договора, гдѣ jus cogens все болѣе и болѣе вытѣсняетъ соглашеніе сторонъ, а касается самой свободы вступать или не вступать въ договорное отношеніе. Авторъ задается вопросомъ, не слѣдовало ли бы воспользоваться въ данномъ случаѣ не понятіемъ злоупотребленія правомъ, а теоріей преддоговорной отвѣтственности. На этотъ вопросъ онъ даетъ отрицательнюй отвѣтъ, указывая на то, что послѣдняя предполагаетъ разрывъ начатыхъ переговоровъ; въ данномъ случаѣ рѣчь можетъ идти и о нежеланіи приступить къ нимъ. Онъ указываетъ кромѣ того на то, что принятіе той или другой точки зрѣнія поведетъ къ различнымъ результатамъ относительно размѣра возможныхъ убытковъ. Въ этомъ, впрочемъ, его аргументація недостаточно убѣдительна, такъ какъ онъ безъ достаточнаго основанія считаетъ преддоговорную отвѣтственность гораздо болѣе тяжелой, чѣмъ отвѣтственность за неисполненіе уже заключеннаго договора (art. 1150 С. с.). Кромѣ того надо отмѣтить, что авторъ не обращаетъ надлежащаго вниманія на то, что истцомъ въ процессахъ явились не одна изъ эвентуальныхъ сторонъ договора, а синди-

каты, принадлежность къ коимъ рабочаго, согласно рѣшенію судовъ, не дала предпринимателямъ достаточнаго основанія для отказа поступать въ соглашеніе.

Слѣдующая, вторая глава, посвящена вопросамъ, возбуждающимъ на практикѣ всего болѣе затрудненій. Французскій законъ совершенно не содержитъ спеціальныхъ нормъ о заключеніи договора личнаго найма. Поэтому судамъ приходится примѣнять общія положенія Code civil относительно договоровъ, что въ виду специфическихъ особенностей разбираемаго института и создаетъ цѣлый рядъ трудныхъ догматическихъ проблемъ. Дѣло въ томъ, что общія ученія Code civil созданы примѣнительно къ чисто имущественнымъ оборотнымъ сдѣлкамъ, тогда какъ въ рабочемъ договорѣ слишкомъ ярко выступаетъ личный элементъ: объектъ обязанности, предоставленіе труда, неотдѣлимъ отъ личности субъекта сдѣлки. Особенно сложнымъ оказался вопросъ о дѣеспособности. Слѣдуя закону, пришлось бы въ этомъ случаѣ допустить заключеніе рабочаго договора родителями и опекунами за дѣтей, безъ всякаго участія послѣднихъ. Такое положеніе допустимо, когда дѣло идетъ о договорѣ промысловаго ученичества; оно совершенно недопустимо въ другихъ случаяхъ. Между тѣмъ, согласно буквѣ закона оно было бы единственно правильнымъ. С. с. позаботился только о томъ, чтобы заработокъ ребенка не обращался въ пользу родителей (art. 387). Поэтому судебной практикѣ пришлось просто разрубить гордіевъ узелъ. Она признала, хотя и съ колебаніями, что рабочій договоръ заключается черезъ посредство законнаго представителя, но только съ согласія несовершеннолѣтняго. Если послѣднее условіе не соблюдено, то договоръ можетъ быть оспоренъ. Онъ, конечно, можетъ быть оспоренъ и тогда, когда заключенъ безъ участія законнаго представителя, однако согласно art. 1306 С. с. только въ томъ случаѣ, когда есть lésion, т. е. явное во вредъ несовершеннолѣтнему несоотвѣтствіе между вознагражденіемъ и обѣщанными услугами. Однако въ виду специфическихъ особенностей личнаго найма практикѣ и въ этомъ случаѣ пришлось отступить отъ буквы закона. Личность, моральное развитіе ребенка имѣютъ не менѣе важное значеніе, чѣмъ чисто имущественный интересъ. Поэтому, если условія договора создаютъ обстановку нравственно опасную для несовершеннолѣтняго (на практикѣ вопросъ всталъ

относительно театральнаго ангажемента), то онъ, какъ это признала судебная практика, можетъ быть расторгнутъ, даже при отсутствіи lésion. Затрудненія, могущія возникнуть по поводу процессуальной дѣеспособности, отчасти только разрѣшаются (для мировой юстиціи и промышленныхъ судовъ) законами 15 іюня 1905 г. и 27 марта 1907 г., согласно которымъ судъ можетъ допустить несовершеннолѣтняго къ защитѣ своихъ правъ, если у него нѣтъ законнаго представителя.

Немало затрудненій встаетъ также и въ отношеніи замужней женщины. Законъ 13 іюня 1907 года далъ ей возможность распоряжаться своимъ заработкомъ. Но для заключенія договора личнаго найма законъ требуетъ разрѣшенія мужа. Судебная практика не смогла обойти это условіе, но постаралась по возможности смягчить его, считая достаточнымъ молчаливое согласіе.

Много судебныхъ процессовъ было возбуждено по поводу правилъ внутренняго распорядка въ мастерскихъ (reglement d' atelier). Этотъ институтъ, въ виду того, что правительственный проектъ 1906 г. не сдѣлался закономъ, не нормируется никакимъ легальнымъ текстомъ. Такой, какой онъ выработался въ горнилѣ соціальныхъ отношеній, онъ, несомнѣнно, не укладывается въ рамки регламентаціи договоровъ по Code civil. Правила внутренняго распорядка de facto скорѣе всего являются плодомъ автономнаго законодательствованія хозяина, подъ которое рабочій подпадаетъ вслѣдствіе своего вступленія въ предпріятіе. De lege ferenda вопросъ надо бы разрѣшить, гарантировавъ нормальную, при участіи рабочихъ, выработку этой «фабричной конституціи» и озаботившись объ охранѣ правъ трудящихся. Но de lege lata французскіе суды должны были подходить къ разрѣшенію возникающихъ судебныхъ споровъ черезъ классическую договорную теорію и видѣть въ правилахъ внутренняго распорядка въ мастерскихъ условія соглашенія между сторонами. Поэтому для признанія дѣеспособности ихъ она требуетъ ознакомленія съ ними и принятія ихъ рабочими при самомъ заключеніи договора. Но такъ какъ фактическія отношенія съ трудомъ укладываются въ эти рамки, то приходится довольствоваться довольно слабыми доказательствами наличности этихъ условій.

Авторъ отмѣчаетъ, что въ результатѣ обѣ стороны,—и предприниматели и рабочіе остаются недовольны этой практи-

кой. Первые жалуются на стѣснительныя усложненія при заключеніи договора и на возлагаемое на нихъ бремя доказательствъ, вторые на ту легкость, съ которой суды признаютъ за правилами договорную силу.

Послѣ этого авторъ переходитъ къ разсмотрѣнію вопроса о вступленіи рабочихъ въ соглашеніе подъ вліяніемъ нужды. Суды въ соотвѣтствіи съ закономъ совершенно правильно не видятъ въ этомъ обстоятельства, порочащаго сдѣлку, и отказываютъ въ примѣненіи 1111 ст. *C.* c. Но Théry все же считаетъ возможнымъ и противоположное рѣшеніе, но не приводитъ въ пользу своего мнѣнія никакихъ вѣскихъ юридическихъ аргументовъ.

Въ заключеніе второй главы изложена практика относительно границъ свободнаго опредѣленія сторонами условій договора, въ частности обстоятельно систематизированы рѣшенія, касающіеся art. 1780—1 C. c.

Третья глава посвящена обязанностямъ хозяина, рабочаго, распредѣленію риска, и переходу правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ договора третьимъ лицамъ и наслѣдникамъ.

Обязанности нанимателя довольно детально регулируются законодательствомъ, особенно въ отношеніи уплаты вознагражденія. Дѣйствующее право предусматриваетъ цѣлый рядъ мѣръ, направленныхъ на защиту заработка рабочаго: запрещена уплата натурой, запрещено производить уплату въ лавкѣ и питейныхъ заведеніяхъ, защита противъ кредиторовъ и т. п Всѣ эти мѣры примѣняются только при наличности рабочаго договора. Дѣйствіе нѣкоторыхъ ограничено еще болѣе узкими рамками, почему судебной практикѣ и приходится дѣлать различіе между отдѣльными группами нанимающихся: рабочіе въ узкомъ смыслѣ слова, служащіе и др.

Авторъ отмѣчаетъ затрудненія, которыя возникаютъ на почвѣ недостаточной ясности и послѣдовательности въ опредѣленіяхъ судами личнаго найма и подряда, о чемъ мы уже имѣли случай говорить по поводу книги г. Martini. Въ заслугу судебной практикѣ авторъ справедливо ставитъ то, что она прочно установила алиментарный характеръ заработной платы. Этотъ принципъ несомнѣнно соотвѣтствуетъ духу закона, но прямо нигдѣ въ немъ не выраженъ. Исходя изъ него, суды распространительно толкуютъ нормы, направленныя на защиту заработной платы. Наоборотъ,—обязанности предпринимателей

соблюдать въ мастерской правила гигіены и мѣры предосторожности, въ виду ихъ исключительнаго характера, толкуются ограничительно. Вопреки мнѣнію автора, это едва ли является правильнымъ даже съ чисто-догматической точки зрѣнія.

Далѣе авторъ останавливается на обязанностяхъ нанявшагося. Онѣ, что вполнѣ понятно, почти не затронуты въ положительномъ правѣ. Общая формулировка ихъ несложна. Судебная практика признала со стороны рабочаго обязанность повиновенія, но не безграничную, а введенную въ рамки соглашенія и той цѣли, которой долженъ служить договоръ. Интересны приведенныя рѣшенія относительно такъ называе- interdiction de concurrence, о которой молчитъ законодательство.

Въ четвертой главѣ г. Théry разсматриваетъ прекращеніе договора, каковой вопросъ дѣлится имъ на два самостоятельные: индивидуальное прекращеніе договора и прекращеніе путемъ стачки или локаута. Въ первомъ случаѣ передъ судами чаще всего возникалъ вопросъ о расторженіи безсрочнаго договора волею одной изъ сторонъ. Еще до 1890 года судебная практика примѣняла къ этому случаю понятіе злоупотребленія правомъ. Законъ 1890 г., дополнившій art. 1780 C. c., имѣлъ въ виду санкціонировать ее, что и сдѣлалъ въ довольно неопредѣленныхъ выраженіяхъ. (Le lonage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractants. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages—intéréts). Суды присуждаютъ къ возмѣщенію ущерба въ случаѣ расторженія безъ достаточныхъ мотивовъ. Обычай требуетъ соблюденія извѣстнаго срока послѣ заявленія объ отказѣ (различнаго въ зависимости отъ мѣстностей и профессій). Нарушеніе этого правила также можетъ служить основаніемъ для присужденія къ уплатѣ убытковъ.

Очень спорнымъ во французской литературѣ является вопросъ о томъ, расторгаетъ ли стачка (или локаутъ) договоръ или же только пріостанавливаетъ его дѣйствіе. Судебная практика встала на первую точку зрѣнія. Авторъ присоединяется къ ней, но въ то же время объективно указываетъ на недостатки обѣихъ теорій и, слѣдуя за профессоромъ A. Colin, считаетъ de lege ferendu нужной спеціальную нормировку коллективныхъ конфликтовъ между рабочими и работодателями.

Въ двухъ послѣднихъ главахъ разсматриваются особые

виды рабочаго договора и нѣкоторые частные вопросы относительно судебной защиты вытекающихъ изъ нихъ правъ. Слишкомъ кратко затронута трудная проблема о правахъ синдикатовъ.

Авторъ заканчиваетъ свое изслѣдованіе общей характеристикой французской судебной практики по вопросамъ рабочаго договора. Въ видѣ приложенія въ книгѣ разобранъ рабочій договоръ въ морскомъ правѣ.

Г. Théry несомнѣнно достигъ своей цѣли. Не углубляясь въ теоретическія проблемы, онъ даетъ вѣрную картину того, что сдѣлано судами, систематизируетъ значительный матеріалъ рѣшеній, удачно показывая внутреннюю логику, связующую отдѣльныя положенія. Работы г.г. Martini и Théry заполняютъ пробѣлъ, существовавшій во французской литературѣ. Судебная практика по вопросамъ рабочаго договора впервые является самостоятельнымъ объектомъ изслѣдованія, а не только иллюстраціей той или иной юридической теоріи. Между тѣмъ она вполнѣ заслуживаетъ этого. Можно вполнѣ присоединиться къ сочувственной оцѣнкѣ работы французскихъ судовъ, которую даетъ г. Théry. Результаты, если и не всегда правильные съ право-политической точки зрѣнія, тѣмъ не менѣе являются тѣмъ maximum'омъ, который было возможно осуществить при данномъ состояніи французскаго законодательства.

М. Агарковъ.

Списокъ книгъ, поступившихъ для отзыва въ редакцію „Юридическихъ Записокъ".

Прокошевъ П. А. Didascala Aposlolorum и первыя шесть книгъ апостольскихъ постановленій. Историко-критическое изслѣдованіе изъ области источниковъ церковнаго права. Томскъ, 1913, XVII+462; V+195, цѣна 4 р. 50 к.

Фрейтагъ-Лорингovенъ, бар. А. Л. Матеріальное право проекта вотчиннаго устава. Т. I. Введеніе. Основныя начала вотчинной системы. Право собственности и права въ чужой недвижимости. Договоры найма и продажа лѣса на срубъ. Юрьев. 1914. VIII+350. Т. II. Залоговое право Заключеніе. Юр. 1914. VIII+470.

Багалѣй Д. И. Русская исторія. Съ картами, планами и снимками съ предметовъ древности и искусства. Т. I. Княжеская Русь (до Іоанна III). Москва. 1914. VIII+513, цѣна 2 р.

Г. Г. Гервагенъ. Дополненіе къ сочиненію «Обязанности какъ основаніе права». Основныя положенія. Спб. 1913, 9, цѣна 10 коп.

I. Heerwagen. Worauf beruht der Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Rechte? (Sonderabdruck aus d. Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie).

Вс. А. Удинцевъ. Петръ Павловичъ Цитовичъ (Къ годовщинѣ со дня смерти). Петроградъ, 1914, стр. 39.

Принимается подписка на 1915 годъ.

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ

ИЗДАВАЕМАЯ

Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ

(Восьмой годъ изданія).

Подписной годъ начинается 1-го января и заканчивается 31-го декабря 1915 г. Юридическая Библіографія въ восьмомъ году своего изданія будетъ выходить попрежнему пять разъ въ годъ въ двухмѣсячные промежутки, за исключеніемъ лѣтняго каникулярнаго времени, въ объемѣ не менѣе трехъ печатныхъ листовъ для каждаго выпуска. Подписная цѣна въ годъ съ пересылкою и доставкою 2 руб. Отдѣльные выпуски Юридической Библіографіи продаются по 40 коп., двойные по 80 коп.

Подписка на Юридическую Библіографію принимается: въ г. Ярославлѣ въ конторѣ редакціи Юридической Библіографіи. Всегда имѣются на складѣ отдѣльные выпуски Юридической Библіографіи, какъ вновь выходящіе, такъ и за старые годы въ Москвѣ—въ книжномъ магазинѣ „Правовѣдѣніе“ (Никольская, д. № 9) и въ книжномъ магазинѣ товарищества „Н. П. Карбасниковъ“ (Моховая, д. № 24, противъ университета) и въ Петербургѣ—въ юридическомъ книжномъ складѣ „Право“ (Литейный пр., 28).

Программа Юридической Библіографіи: 1) отзывы о вновь выходящихъ книгахъ и журнальныхъ статьяхъ по юридическимъ наукамъ, по политической экономіи, статистикѣ и соціологіи, 2) критическіе обзоры литературы по извѣстной наукѣ или ея отдѣлу или частному вопросу, 3) перечень вновь выходящихъ по юриспруденціи и по политико-экономическимъ наукамъ книгъ, брошюръ и журнальныхъ статей, 4) академическая лѣтопись, гдѣ помѣщаются свѣдѣнія объ академической жизни и некрологи выдающихся ученыхъ юристовъ

Въ вышедшихъ съ 1907 года до сего времени нумерахъ ***Юридической Библіографіи*** были помѣщены рецензіи и замѣтки слѣдующихъ лицъ:

З. Д. Авалова, П. М. Богаевскаго, А. А. Борового, А. Н. Бѣликова, Ст. Веселовскаго, А. М. Винавера, С. И. Викторскаго, А. Э. Вормса, П. П. Гензеля, М. Н. Гернета, П. В. Гидулянова, Д. С. Глаголева, Н. Н. Голубева, Г. В. Демченко, А. И. Елистратова, А. А. Жилина, А. В. Завадскаго, Ф. Ф. Зигеля, И. О. Зубова, И. А. Ильина, Н. А. Каблукова, К. Кадлеца, гр. Л. А. Камаровскаго, Б. А. Кистяковскаго, Ѳ. Ѳ. Кокошкина, бар. С. А. Корфа, С. А. Котляревскаго, П. С. Кравцова, В. А. Краснокутскаго, І. М. Кулишера, С. Кутржебы, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, В. Ѳ. Матвѣева, А. Н. Миклашевскаго, П. Е. Михайлова, В. Н. Мышцына, Э. Немировскаго, Н. Я. Новомбергскаго, И. Х. Озерова, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Палѣнко, М. Я. Пергамента, И. Н. Покровскаго, С. П. Покровскаго, А. А. Рождественскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. И. Серебровскаго, В. И. Синайскаго, Е. Д. Синицкаго, Е. В. Спекторскаго, Н. С. Суворова, И. К. Сухоплюева, Б. И. Сыромятникова, Ѳ. В. Тарановскаго, бар. М. А. Таубе, Л. Я. Таубера, В. Н. Твердохлѣбова, Г. Г. Тельберга, Г. И. Тиктина, И. Н. Трепицина, В. А. Удинцева, Г. С. Фельдштейна, М. С. Фельдштейна, А. Н. Филиппова, А. Ф. Фортунатова, Б. Н. Фрезе, бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингoвена, М. И. Фридмана, В. М. Хвостова, Д. А. Червонецкаго, И. И. Чистякова, М. П. Чубинскаго, П. Шапошникова, В. Шесана, В. Н. Ширяева. А. В. Шмидта, С. А. Шумакова, В. Г. Щеглова, Т. М. Яблочкова. А. С. Ященко.

Въ Юридической Библіографіи помѣщаются за особую плату объявленія о вновь выходящихъ книгахъ и другія извѣстія книжнаго рынка. Присылаемыя въ редакцію книги своевременно отмѣчаются въ журналѣ и, по мѣрѣ возможности, рецензируются.

Издатель: *Демидовскій Юридическій Лицей.*

ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА

НА

ИЗВѢСТІЯ

МИНИСТЕРСТВА ИНОСТРАННЫХЪ ДѢЛЪ

(третій годъ изданія).

Въ 1914 году журналъ будетъ выходить каждые два мѣсяца, книгами около 15 листовъ.

Въ программу «**Извѣстій Министерства Иностранныхъ Дѣлъ**» входятъ: международные договоры, заключенные Россіей; русское законодательство; международные договоры иностранныхъ государствъ; дипломатическая переписка; административная и судебная практика; консульскія донесенія; статьи, замѣтки и матеріалы по вопросамъ международнаго права, исторіи международныхъ сношеній и по внѣшней торговой политикѣ; библіографія.

Подписная цѣна **6 руб.** въ годъ, за границу **7 руб. 50 коп.**

Подписка и объявленія принимаются въ главной конторѣ — книжномъ магазинѣ А. Ф. Цинзерлинга (Мелье и К°)—Невскій, 20, С.-Петербургъ.

Редакція «**Извѣстій Министерства Иностранныхъ Дѣлъ**», помѣщается въ Петербургѣ, Дворцовая пл., 6, зданіе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Редакторъ **Бар. Б. Э. Нольде.**

II-й г. изданія. **ОТКРЫТА ПОДПИСКА НА 1914 ГОДЪ** II-й г. изданія.

НА ЖУРНАЛЪ

ВѢСТНИКЪ
Гражданскаго Права,

пздаваемый **М. М. ВИНАВЕРОМЪ**

при ближайшемъ участіи

проф. **Д. Д. Гримма**, проф. **В. Б. Ельяшевича**. проф. бар. **А. Э. Нольде**, проф. **М. Я. Пергамента** и проф. **І. А. Покровскаго.**

Въ 1914 году будетъ законченъ печатаніемъ, **въ видѣ безплатнаго приложенія**, Проектъ книги V Гражданскаго Уложенія (Обязательственное Право), внесенный 16 октября 1913 г. въ Государственную Думу.

Новые подписчики получатъ вышедшіе въ 1913 г. листы Проекта—безплатно.

Журналъ выходитъ ежемѣсячно, за исключеніемъ іюня, іюля, августа и сентября, книжками объемомъ **около 10 листовъ** каждая.

Подписная цѣна 5 руб. въ годъ.

Допускается разсрочка: **3** руб. при подпискѣ и **2** руб къ 1-му мая.

Адресъ конторы: С.-Петербургъ, Литейный пр., 28, нижный складъ «Право», телефонъ 41-61.

Адресъ редакціи: С.-Петербургъ, Захарьевская, 25, кв. 14, тел. 522-50.

ВЪ ПОСЛѢДНИХЪ КНИЖКАХЪ

Временника Демидовскаго Юридическаго Лицея

ВЪ НЕОФФИЦІАЛЬНОЙ ЧАСТИ

НАПЕЧАТАНЫ СЛѢДУЮЩІЕ ТРУДЫ:

Кн. 100-я. Ширяевъ, В. Н. Религіозныя преступленія. Историко-догматическіе очерки. Яросл. 1909, (422+IV стр.) Цѣна 3 руб.

Кн. 101-я. Яблочковъ, Т. М. Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ. Яросл. 1910, (XII+458 стр.). Цѣна 3 руб.

Кн. 102-я. Фельдштейнъ, Г. С. Главныя теченія въ исторіи науки уголовнаго права въ Россіи. Ярославль. 1910, (XIII+668 стр.). Цѣна 3 руб. 50 к.

Кн. 103-я. Орженцкій, Р. М. Сводные признаки. Яросл. 1910. Цѣна 3 руб.

Кн. 104-я. Яблочковъ, Т. М. Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ. Томъ второй. Очерки законодательной и судебной практики. Яросл. 1911, (X+600+4 стр.). Цѣна 3 руб. 50 коп.

Кн. 105-я. Берлинъ, Ар. А. О необходимой оборонѣ. Яросл. 1911, (106+II стр.). Цѣна 75 коп.

Кн. 106-я. Байковъ, А. Л. Междувластныя и властныя отношенія. Опытъ теоретико-познавательнаго построенія. Яр. 1912, (VI+411 стр.). Цѣна 2 р. 50 к.

Кн. 107-я. Фрезе, Б. Очерки греко-египетскаго права. Часть первая. Яросл. 1912, (VIII+230 стр.). Цѣна 2 руб.

Кн. 108-я. Радонежскій, Д. Н. Малолѣтніе преступники по даннымъ Рукавишниковскаго пріюта за 1903—7 г.г. Яросл. 1912. Цѣна 75 коп.

Кн. 109-я. Талъ, Л. С. Трудовой договоръ. Цивилистическое изслѣдованіе. Часть I: Общія ученія. Ярославль, 1913, (кн.+422 стр.). Цѣна 2 руб. 50 коп.

Кн. 110-я. Покровскій, С. П. Государственный Совѣтъ во Франціи, какъ органъ административной юстиціи въ отмѣнѣ административныхъ рѣшеній. Яросл. 1913, (XLVIII+512+XVI стр.). Цѣна 3 р. 50 к.

Кн. 111-я. Таннебаумъ И. П. Объ аваріи. Ярославль. 1913, (XI+92 стр.). Цѣна 1 руб.

Кн. 112-я. Орженцкій Р. Учебникъ математической статистики. Ярославль 1914. (IV+165). Цѣна 1 р. 50 к.

0008348I
ЮФ СПбГУ